لا إله إلا الله محمد رسول الله

تقديم

مباني الأحكام

١-٤

تأليف

عبد الكريم بن محمد اللاحم

تنقيح مبانى الاحكام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، 1305 - 1385.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام / تالیف جواد تبریزی.

وضعیت ویراست : ویراست ؛ 3

مشخصات نشر : قم : دار الصدیقه الشهیده (س) ، 1387.

مشخصات ظاهری : 612 ص.

شابک : 978-964-8438-28-2

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی

یادداشت : ج.1 (چاپ سوم: 1387).

موضوع : فقه جعفری -- قرن 7ق.

موضوع : احکام

موضوع : مبانی احکام (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفربن حسن، 602 - 676ق. برگزیده. شرح

رده بندی کنگره : BP182/م3ش402323 1387

رده بندی دیویی : 297/342

شماره کتابشناسی ملی : 1530332

ص :1

المجلد 1

القضاء والشهادات شرایع الاسلام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، 1305 - 1385.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام : کتاب القضاء والشهادات شرایع الاسلام / تالیف جواد تبریزی.

وضعیت ویراست : ویراست ؛ 3

مشخصات نشر : قم : دار الصدیقه الشهیده (س) ، 1387.

مشخصات ظاهری : 612 ص.

شابک : 978-964-8438-28-2

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی

یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر بخش الحدود والتعزیرات " شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام " محقق حلی است.

یادداشت : ج.1 (چاپ سوم: 1387).

موضوع : محقق حلی، جعفربن حسن، 602 - 676ق . شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن 7ق.

موضوع : قضاوت (فقه)

موضوع : سوگند (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفربن حسن، 602 - 676ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. برگزیده. شرح

رده بندی کنگره : BP182/م3ش402323 1387

رده بندی دیویی : 297/342

شماره کتابشناسی ملی : 1530332

ص :1

اشاره

المَوسُوعَهُ الفِقهيّهُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ

مَبانى الاحكامِ

القَضَاءُ والشَّهادَهُ

ص :2

ص :3

ص :4

بسم اللّه الرحمن الرحيم

والنظر فى صفات القاضى وآدابه وكيفيه الحكم وأحكام الدعاوى[1]

الشَرح:

[1] قد جعل قدس سره بحث القضاء أربعه أقسام، وعبّر عن كلّ قسم بالنظر:

النظر الأوّل: فى صفات القاضى، أى الأُمور المعتبره فى المتصدى للقضاء؛ ليجوز له قضاؤه تكليفاً ووضعاً، بمعنى نفوذه فى حق المتخاصمين وغيرهما، ولا يخفى أنّ مايعتبر فى جواز قضائه تكليفاً عليه احرازها فى نفسه؛ لأنّ القضاء فعله ولا يفيده احراز غيره، وما يعتبر فى نفوذ قضائه على المتخاصمين احرازها فيه لينفذ حكمه فى حقّهما، وكذا غيرهما ممّن يريد ترتيب الأثر على قضائه.

النظر الثانى: فى الآداب، يعنى الأُمور المطلوبه من القاضى أو الجائزه له.

النظر الثالث: فى كيفيه الحكم، يعنى بيان الأُمور التى على القاضى الاعتماد عليها فى قضائه وما يعتبر رعايته بالاضافه إلى المتخاصمين.

النظر الرابع: فى أحكام الدعاوى، يعنى الوظائف المقرره بمقتضى أدلّه الأحكام فى موارد الاختلافات والمنازعات فى الأموال والعقود والايقاعات والمواريث والأولاد.

وينبغى قبل الشروع فى النظر الأوّل التعرّض لمعنى القضاء والحكم وبيان الفرق بينه وبين الفتوى، فنقول:

القضاء لغةً يطلق على معان: منها الحكم كقوله سبحانه: «ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ

....

الشَرح:

حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ»(1) و «فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ»،(2) ومنها الانهاء والاتمام كقوله سبحانه: «فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الأَجَلَ»(3) و «أَيَّمَا الأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ»،(4) ومنها الأمر كقوله سبحانه: «وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ»(5) ومنها الحتم: «فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ»،(6) ومنها الفعل والخلق: «فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ»(7) ويمكن ارجاع بعضها إلى بعض كارجاع الأمر إلى الحكم.

وكيف كان فالمراد بالقضاء فى المقام هو انشاء الحكم الجزئى لحصول الموضوع أو المتعلّق لكليه المجعول فى الشريعه بمفاد القضيه الحقيقيه، أو الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومه والمنازعه فى حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم فى واقعه خارجيّه بتطبيق الكبرى المقرره فى الشرع على تلك الواقعه فيما إذا وقعت المخاصمه فى حكم تلك الواقعه، أمّا لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكليه المجعوله: فى الشرع أو اختلافهم فى تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهه فيه بين الناس من غير مخاصمه كالحكم برؤيه الهلال، كما يطلق أيضاً على تعيين الوظيفه الفعليه على الناس فى مورد أو موارد لرعايه المصلحه العامه الموجبه له، ويعبّر عن هذا القسم بالحكم الابتدائى.

1- (1) النساء: 65.
2- (2) طه: 72.
3- (3) القصص: 29.
4- (4) القصص: 28.
5- (5) الاسراء: 23.
6- (6) سبأ: 14.
7- (7) فصلت: 12.

معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى

....

الشَرح:

ويحتمل أن يكون اطلاق القضاء على جميع ما ذكر بمعنى الحكم ويكون من تغليب المطلق على بعض أفراده، ويحتمل أنّ اطلاقه على الحكم فى موارد المخاصمه بمعنى الانهاء والاتمام، فيكون اطلاقه على غيره بالعنايه أو بمعنى مطلق الحكم، ولا ينافى ذلک ما يأتى من أنّ الأدلّه الوارده في نفوذ القضاء والحكم قاصره عن شمولها لموارد غير المخاصمات، هذا كلّه فى القضاء.

وأمّا الفتوى فهى تعيين الأحكام المجعوله فى الشرع بنحو القضايا الحقيقيه المستفاده من مداركها وتعيين ما يعتبر فى موضوعاتها ومتعلقاتها من القيود نفياً أو اثباتاً.

وهل كما أنّ جواز الافتاء لمن كان عدلاً فى دينه وعالماً بالأحكام الشرعيه من مداركها من قبيل الحكم والموضوع كذلک جواز القضاء، أو أنّ جواز القضاء والولايه عليه يحتاج إلى النصر عاماً، أو خاصاً؟ ظاهر المشهور أنّ القضاء منصب يُعطى، كما هو مقتضى أخذهم الولايه فى تعريفه وأنّه ولايه الحكم، ولعلّ مرادهم انّ القضاء بالأصاله منصب للنبى صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام وقيام الغير به يحتاج إلى نصب النبى صلى الله عليه و آله أو الإمام.

جاء فى صحيحه سليمان بن خالد: «اتّقوا الحكومه فإنّها للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبى».(1)

وفى روايه اسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلاّ نبى أو وصى نبى أو شقى».(2)

وفى معتبره سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم

يعلم شيئاً من قضايانا

ص :7

1- (1) و (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب صفات القاضى، الحديث 3 و 2: 7.

....

الشَرح:

فاجعلوه بينكم فإنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه».(1)

وظاهر هذه الروايات أنّ ولايه القضاء للرجل المزبور أُعطى من قبل الإمام عليه السلام ، ومثلها مقبوله عمر بن حنظله عن أبى عبداللّه عليه السلام فإنّ فيها: «ينظران من كان منكم ممّن قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنّى قد جعلته حاكماً».(2)

ولا ينافى ذلک ما عن المشهور أيضاً بل لم ينقل الخلاف فيه من أنّ القضاء واجب، فإن انحصر القاضى بواحد تعيّن عليه القضاء، وكذا فيما إذا لم ينحصر بواحد ولكن لم يكف الواحد بحاجه البلد، ومع تعدده والاكتفاء بواحد يكون القضاء واجباً كفائياً على حد سائر الواجبات الكفائيه، وعلّل ذلک يتوقف نظم البلاد والعدل بين الناس عليه وانّ الظلم من شيم النفوس فلابدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من ظالمه، ولأنّ القضاء داخل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

والوجه فى عدم المنافاه أنّه يجب على من شمله النصب العام القيام به بما ذكروا، بل يجب على الناس تحصيل ما به يعمّهم النصب العام بنحو الواجب الكفائى، نظير ما يذكر من وجوب التفقّه فى الدين، ويمكن أن يستفاد ذلک من قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ»،(3) حيث إنّ وجوب القيام بالقسط مقتضاه تحصيل ما يحتاج إليه فى القيام بالقسط.

ولكن الاستدلال على نفوذ القضاء بالآيه المزبوره، بل استفاده نفوذه من دليل

1- (1) المصدر نفسه: الباب 1 من أبواب صفات القاضى، الحديث 5: 4.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 9 من أبواب صفات القاضى.
3- (3) النساء: 135.

....

الشَرح:

وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كما ترى، مع أنّ وجوب الحكم بعنوان الأمر بالمعروف والقيام بالقسط فيما إذا احرز أنّ أحد المتخاصمين يعمل المنكر مع علمه بالمنكر أو يترک المعروف مع علمه به كما هو مقتضى عدم وجوب ارشاد الجاهل والغافل فى الموضوعات، أو أحرز أنّ أحد المتخاصمين يظلم الآخر كما هو مقتضى الأمر بالقيام بالقسط.

وعلى كلّ حال سواء كان القضاء ولايه معطاه أو كان جوازه من قبيل سائر الموضوعات وأحكامه، فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ القضاء ممّن له أهليته؛ فإنّ النفوذ مقتضى جعله حاكماً أو قاضياً، ومعنى نفوذه على المتخاصمين أنّ عليهما العمل به من ثبوت المدعى به أو عدم ثبوته أو سقوط الحق وعدم سقوطه، وعلى السائرين بمعنى جواز ترتيب الأثر وعدم جواز العمل على خلاف مقتضى ذلک القضاء حتّى ما إذا كان القضاء فى موارد نشأ الاختلاف من الحكم الواقعى الكلى.

وبهذا يظهر المراد من قولهم: إنّ الحكم لا ينقض بالفتوى ولكن الفتوى تنقض بالحكم، فإذا كان رأى أحد المتخاصمين اجتهاداً أو تقليداً على خلاف قضاء القاضى تكون الواقعه الخاصه خارجه عن الفتوى المعتبره فى كلى تلک الواقعه، فيعمل فى تلک الواقعه على طبق القضاء، ولا يجوز لقاضٍ آخر نقض ذلک القضاء، حتّى لو عدل القاضى المزبور عن فتواه فلا يجوز له نقض قضائه السابق بل يكون قضاؤه فيها خارجاً عن الكبرى التى استنبطها عن الأدلّه لاحقاً، وهذا مقتضى ما دلّ على نفوذ قضائه.

نعم، تأتى بعض الموارد فى جواز النقض، كما يأتى أنّ القضاء لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه، فمن أحرز بالوجدان أنّ ما قضى به على خلاف الواقع فعليه رعايه الواقع.

ص :10

النظر الأوّل:

ص :11

ص :12

النظر الأوّل:

فى الصفات[1].

الشَرح:

[1] يقع الكلام فى صفات القاضى بالاضافه إلى القاضى المنصوب وبالاضافه إلى قاضى التحكيم.

فإنّ القاضى على نحوين:

الاول: قاضى التحكيم، وهو أن يتراضيا أى الخصمان بنظر شخص فى واقعتهما وقضائه وفصل الخصوميه بينهما، وهذا القاضى يعتبر علمه بالقضاء وقوانينه فى تلك الواقعه، وإلاّ كان حكمه وقضائه فيها من غير علم فيكون ملعوناً ومع قضائه فيها بالعلم يكون قضائه نافذاً، ولكن لا يترتب على هذا الشخص شؤون القاضى المنصوب من الزامه الخصم بالحضور مع طرح أحد الخصمين الدعوى عنده أو الاجبار على العمل بحكمه بعد قضائه.

ويشهد بنفوذ قضائه عليهما صحيحه الحلبى «قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاک إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط».(1)

فإنّ تجويز المراجعه إليه ظاهره نفوذ قضائه وحكمه، وما فى ذيلها اشاره إلى قاضى الجور المنصوب من قبل الولاه فى عصره عليه السلام ، وقد ذكروا عليهم السلام أنّ المرافعه إليهم إيمان بالجبت والطاغوت.

1- (1) وسائل الشيعه 18: الباب 1 من أبواب صفات القاضى، الحديث 8: 5.

....

الشَرح:

والثانى: القاضى المنصوب، وإنّما يتصور المنصوب بالنصب الخاص فى زمان الغيبه إذا كان للمتصدى لأمر المسلمين ولو فى بقعه من الأرض الولايه الشرعيه للزعامه عليهم وحفظ بلاد هم من كيد الأعداء وتحصيل الأمن لهم الموقوف على تعيين قاض أو قضاه فيها ممّن شملهم النصب العام، وأمّا مجرّد النصب العام فقد تقدّم استفاده اعطاء الولايه ممّا دلّ عليه بحيث يثبت لمن يعمّه النصب غير نفوذ قضائه مع تراضى المتخاصمين بالمحاكمه عنده من سائر الأثار كالتصدى لتنفيذ قضائه أو الزام الخصم بالحضور للمرافعه مع رجوع المدعى إليه وغير ذلک ممّا يعد من شؤون القاضى كالحكم بثبوت موجب الحد على الشخص مشكل وأن لا يبعد الالتزام بأنّ من شمله النصب العام له ذلک لا لدلاله ما دلّ على النصب العام عليه بل للعلم بأنّ هذه الأُمور ممّا لابدّ من التصدى لها مع التمكّن والمتيقن من المتصدى لها من شمله النصب العام.

ودعوى استفاده كلّ ذلک ممّا دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والقيام بالقسط والعدل لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ أدلّه الأمر بالمعروف لا تقتضى نفوذ أصل القضاء على المتخاصمين، فضلاً عن دلالتها على نفوذ غيره ممّا يترتب على نفوذ القضاء، بل لا يقتضى وجوب النظر فى أمر المترافعين إلاّ فيما إذا علم الشخص اجمالاً، بأنّ أحد المترافعين يعمل المنكر مع علمه بأنه منكر أو يترک المعروف الواجب عليه مع علمه به، فيجب النظر مع هذا العلم لا للقضاء، بل للقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال بالآيه المباركه فإنّ الآيه غايتها أنّها تعم القضاء، وأمّا نفوذه والمقدار النافذ من فعل القاضى بعد قضائه فليست ناظره إليه،

ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعداله، وطهاره المولد، والعلم، والذكوره.[1]

الشَرح:

وبتعبير آخر لا يزيد شمولها للقضاء عن شمولها للشهاده، فكما لا دلاله لها على شرائط الشهاده والقيود المعتبره فى نفوذها كذلک فى ناحيه القضاء، وإلاّ جاز لكلّ أحد تنفيذ قضاء القاضى ولو بالتصرّف فى أموال المدّعى عليه، بدعوى أنّ التنفيذ ولو بالتصرّف فيها بعد قضاء القاضى بثبوت الدين مثلاً قيام بالقسط، مع أنّ مقتضى ما دلّ على المنع عن التصرف فى مال الغير بلا طيبه نفسه كون التصرّف المزبور جوراً على المدعى عليه.

[1] لا ينبغى التأمّل فى أنّ نفوذ القضاء سواء فسّرت الولايه على القضاء به أم بغيره خلاف الأصل، حيث إنّ مقتضاه عدم الجعل فيحتاج اثبات النفوذ بمجرّده أو مع جواز الالزام بقضائه وتنفيذه إلى قيام الدليل عليه.

وقد تقدّم أنّ الولايه على القضاء للنبى صلى الله عليه و آله ووصيه عليه السلام ، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «اتّقوا الحكومه فإنّ الحكومه للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبىّ»،(1) وفى روايه اسحاق بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلاّ نبى أو وصى نبى أو شقى»،(2) ونحوها غيرها. ويخرج عن الأصل فيما إذا اجتمع للشخص صفات.

وقد تعرّض الماتن قدس سره أوّلاً لما يكون اعتباره متفق عليه بين الأصحاب من البلوغ وكمال العقل والإيمان والعداله وطهاره المولد والعلم والذكوره، وتعرّض ثانياً لما قيل

1- (1) وسائل الشيعه 18: الباب 3 من أبواب صفات القاضى، الحديث 3: 7.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 2: 7.

....

الشَرح:

أو يمكن أن يقال باعتباره كالعرفان بالكتابه والبصر والحريه.

ولا يخفى أنّه لو بُنى على عدم وفاء الأدلّه اللفظيه لجعل الولايه على القضاء فى غير موارد التحكيم، واستفيد لزوم التصدّى للقضاء الابتدائى ممّا تقدّم من الدليل على الحسبه حفظاً للنظام وانتصافاً للمظلوم من ظالمه، فلا يحتاج اعتبار الأوصاف إلى دليل خاص للزوم الاقتصار على القدر المتقين إلاّ أن يقوم دليل على عدم اعتبار وصف فى مورد، وادعى العلم أو الاطمئنان بعدم الفرق بين ذلک المورد والتصدّى للقضاء كالامامه فى الصلاه؛ حيث ورد فيها جواز امامه العبد وقبول شهادته، وكذا عدم اعتبار عرفان الكتابه والبصر فيهما، ولكن فى التعدّى منهما إلى القضاء تأمّل.

وكيف ما كان فلا ينبغى الاشكال والتردّد فى اعتبار البلوغ والذكوره فى القاضى، سواء أكان القاضى ابتدائياً أم قاضى تحكيم؛ لأنّه قد ورد فى معتبره سالم ابن مكرم وفى صحيحه الحلبى المتقدّمتين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبى والمرأه.

ودعوى أنّ ذكر الرجل باعتبار أنّ الغالب فى العالم بالقضاء هو الرجل مع كون قاضى التحكيم رجلاً مفروض فى السؤال فى صحيحه الحلبى، فلا يدلّ على التقييد، وبالجمله: ذكر الرجل أو فرضه فى السؤال لا يدلّ على الاختصاص ولا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى مقبوله عمر بن حنظله؛ حيث ذكر عليه السلام فيها: «ينظران إلى من كان منكم الخ»، فإنّها تعمّ من كان منهم بلا فرق بين الذكر والأنثى.

لا يمكن المساعده عليها، لا لضعف المقبوله سنداً، كما بنينا عليه سابقاً وعدلنا عنه فيما بعد، حيث إنّ عمر بن حنظله من المعاريف الذين لم ينقل فيهم قدح، بل لانصرافها إلى الرجل أيضاً لمّا علم من الشارع من ارادته الستر من المرأه وارادته ترک مواجهتها مع الأجانب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم فلم يرض

....

الشَرح:

الشارع بامامتها للرجال، وقد ورد فيما رواه الصدوق بسنده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه فى وصيه النبى صلى الله عليه و آله لعلى: «يا على ليس على المرأه جمعه ولا جماعه إلى أن قال: ولا تولى القضاء، الحديث».(1)

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو وقعت المخاصمه بين امرأتين وجعلتا امرأه أُخرى قاضى التحكيم بينهما لا يكون قضاؤها فى حقهما.

وكذا لا ينبغى التأمّل فى اعتبار كمال العقل والإيمان حيث ورد التقييد فى معتبره سالم بن مكرم الجمّال فى قوله عليه السلام : «انظروا إلى رجل منكم»، وفى المقبوله: «ينظران إلى من كان منكم»، وفى صحيحه الحلبى فرض فى السؤال كون الرجل المزبور قضائه من طائفه المتراضيين، فلا يعمّ شىء غير المؤمن من المخالف أو الكافر.

وممّا ذكر يظهر أيضاً وجه اعتبار العداله، فإنّ الفاسق لا يليق بمنصب القضاء أو جعل قضائه نافذاً بعد ما ذكر فى صحيحه سليمان بن خالد وغيرها أنّ القضاء لا يحقّ للنبى أو وصى نبى، مع أنّه يظهر من مقبوله عمر بن حنظله انّ اعتبار العداله فى القاضى كما مفروغاً عنه فى القاضى كفقاهته؛ حيث ذكر (سلام اللّه عليه) فيها مع اختلاف القاضيين الأخذ بالحكم الذى حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما فى الحديث وأورعهما.

أضف إلى ذلک أنّ الشارع إذا لم يجعل للفاسق الإمامه فى الصلاه ولم يجعل شهاده الفاسق نافذه إلاّ إذا دخلت فى الاقرار على نفسه، فكيف يجعل النفوذ لقضاء الفاسق مع نهيه عن الرجوع إلى قضاه الجور حتّى فيما كان قضاء الجائر حقاً وعلى طبق موازين القضاء.

1- (1) وسائل الشيعه 18: الباب 2 من أبواب صفات القاضى، الحديث 1: 6.

فلا ينعقد القضاء لصبى ولا مراهق ولا لكافر، لأنّه ليس أهلاً للأمانه، وكذا الفاسق، ويدخل فى ضمن العداله اشتراط الأمانه والمحافظه على فعل الواجبات.

ولا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقّق حاله، كما لا تصحّ امامته ولا شهادته فى الأشياء الجليله.

الشَرح:

وأمّا الاستدلال على اعتبار العداله فى القاضى، فيمكن أن يقال فى توجيهه بأنّ الشارع إذا نهى عن الركون إلى الظالمين بالاشتراک فى ظلمهم أو تأييدهم والرضا بظلمهم فلا يحتمل أن يعطى الولايه على القضاء للظالم وفيها ما يقتضى ركون الناس إليه.

وبالجمله لا يحتمل أن يكون القضاء المقصود من تشريعه واعتباره التحفظ على حقوق الناس واستيفائها والانتصاف للمظلوم من ظالمه بيد الفاسق، مع ما ورد فيه من أنّه ليس إلاّ لنبى أو وصى، وعلى ذلک فقياس القضاء بالروايه حيث لا يعتبر فى اعتبار الروايه عداله راويها مع الفارق، بل مقتضى ما ذكر اعتبار طهاره المولد لما ذكر من عظم أمر القضاء، والشارع لم يشرع إمامه ولد الزنا فكيف يرضى بقضائه.

وكذا يعتبر فى القاضى ابتدائياً أو تحكيمياً كمال العقل، ويقتضى اعتباره انصراف معتبره أبى خديجه وغيرها عن المجنون والسفيه بملاحظه ما ورد من عظم القضاء وخطره، فإنّ ظاهرها بملاحظه ما ذكر الرجوع إلى رجل يكون بمقتضى علمه صالحاً للقضاء، والمجنون والسفيه لا يناسبان القضاء خصوصاً القاضى الابتدائى، حيث إنّ له استيفاء حقوق الناس المقتضى الولايه على التصرّف فى أموالهم مع توقف استفائها عليه، والمجنون والسفيه لا ولايه لهما على مالهما فكيف بأموال الناس.

وکذا لا ینعقد لغیر العالم، المستقل بأهلیه الفتوی [1]، ولا یکفیه فتوی العلماء، ولابدّ أن یکون عالماً بجمیع ما وَلِیَه، ویدخل فیه أن یکون ضابطاً، فلو غلب علیه النسیان لم یجز نصبه، وهل یشترط علمه بالکتابه؟ فیه تردّد، نظراً إلی اختصاص النبی صلی الله علیه و آله بالرئاسه العامّه، مع خلوّه فی أوّل أمره من الکتابه والأقرب اشتراط ذلک، لما یضطر إلیه من الأُمور التی لا تتیسر لغیر النبی بدون الکتابه.

ولا ینعقد القضاء للمرأه وإن استکملت الشرائط، وفی انعقاد قضاء الأعمی تردد، أظهره أنّه لا ینعقد لإفتقاره إلی التمییز بین الخصوم وتعذر ذلک مع العمی إلاّ فیما یقل، وهل یشترط الحریه؟ قال فی المبسوط: نعم، والأقرب أنّه لیس شرطاً.

الشَرح:

[1] یعتبر فی القاضی کونه عالماً بالقضاء، وظاهر الماتن اعتبار کونه مستقلاً بالفتوی، ولا یکفی مجرّد کونه راویاً للفتوی، ولا یتحقق الاستقلال بها إلاّ بالاجتهاد المطلق وکونه ضابطاً؛ لأنّ العلم فعلاً بالأحکام لا یتحقق مع غلبه النسیان، ولذا ذکر قدس سره : ویدخل فیه أی فی اعتبار العلم أن یکون ضابطاً.

وذکر فی الجواهر فی ذیل المتن: یعتبر فی القاضی أن یکون مجتهداً مطلقاً ولا یکفی التجزی ولا خلاف فیه، بل فی المسالک الاجماع علیه بلا فرق بین حالتی الاختیار والاضطرار.

ثمّ أورد علی هذا الاعتبار بهما حاصله: أنّه یظهر من بعض الآیات والروایات جواز الحکم بالحق من کلّ مؤمن کان عالماً بالاجتهاد کما ذکر أم بغیره، کقوله سبحانه: «وَإِذَا حَکَمْتُم بَیْنَ النَّاسِ أَن تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ»،(1) و «یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ بِالْقِسْطِ»(2) فإنّ من کون الرجل قیّماً بالقسط حکمه فی الواقعه بالحق والعدل، وقوله

1- (1) النساء: 58.

2- (2) النساء: 135.

....

الشَرح:

سبحانه: «وَمَن لَمْ يَحْكُم بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ فَأُوْلئِکَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»،(1) فإنّ مفهومه أنّ الحكم بما أنزل اللّه ليس من الفسق بل أمر واجب، وكذا يستفاد ذلک من قوله عليه السلام : «رجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنّه».(2)

وبالجمله: مقتضى الروايات الكثيره المتعاضده أنّ كلّ من تعلّم أحكاماً خاصه بطريق معتبر وحكم بها بين الناس يندرج حكمه فى القسط والعدل والحق وغيرها من العناوين الوارده فى الكتاب المجيد، وما فى معتبره أبى خديجه سالم بن مكرم: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فتحاكموا إليه»، بناءً على أنّ ذلک يعمّ غير المجتهد.

والحاصل: يمكن القول بأنّه يندرج فى الحكم بالحق والعدل والقيام بالقسط تعلّم الأحكام بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح والحكم بما تعلم بين الناس، فلا يعتبر فى القضاء أصل الاجتهاد فضلاً عن الاجتهاد المطلق.

وأجاب عن ذلک بأنّه يمكن أن يقال: يستفاد من الروايات اعتبار أمر آخر فى جواز القضاء والحكم بين لناس زائداً على العلم بالأحكام وهو النصب من قبل الإمام عليه السلام ، واستشهد على اعتباره بصحيحه سليمان بن خالد وخبر اسحاق بن عمّار المتقدّمتين، وعلى ذلک يقيّد اطلاق جواز الحكم بالحق والعدل والقسط بما إذا كان ذلک بالنصب، وقد ورد هذا النصب قى مقبوله عمر بن حنظله ومعتبره أبى خديجه بناءً على اراده الاجتهاد منها، كما هو ظاهر المقبوله، أو يحمل القيام بالقسط والحكم بالحق فى الآيات والروايات المشار إليها بالقيام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

1- (1) المائده: 47.
2- (2) وسائل الشيعه 27: الباب 4 من أبواب صفات القاضى، الحديث 6: 22.

....

الشَرح:

المجرّدين عن القضاء وفصل الخصومه كما هو المراد فى المقام.

وناقش فى الجواب المزبور بأنّه لو كان النصب معتبراً أمكن دعوى تحقّقه بالاضافه إلى كلّ مؤمن يعلم من أحكامهم عليهم السلام ما يقضى به فى الواقعه سواء أكان بالاجتهاد أم بالتقليد الصحيح، كما تدلّ عليه روايه جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: «يغدو الناس على ثلاثه أصناف: عالم ومتعلّم وغثاء، فنحن العلماء وشيعتنا المتعلّمون وسائر الناس غثاء»،(1) حيث إنّ ظاهرها تساوى الشيعه العالمين بالأحكام سواء أكان تعلّمهم بالمشافهه أم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح، كما يستفاد ذلک من خبر عبداللّه بن طلحه عن أبى عبداللّه عليه السلام أيضاً الوارد فى السارق الذى قتلته المرأه التى دخل بيتها ليسرق وفجر بها بالاكراه وقتل ابنها، حيث أمر الإمام عليه السلام السائل بالقضاء فى الواقعه بما أجاب.(2)

والنهى أو الانكار عن القضاء أو على القضاه يرجع إلى المعرضين فى القضاء عن التمسک بحبلهم وأحكامهم عليهم السلام والأخذ بآرائهم وقياساتهم وغير ذلک من الباطل الذى لفَقوه من عندهم واستغنوا بذلک عن تتبّع أحكام الأئمّه عليهم السلام ، واستشهد لذلک بصحيحه الحلبى المتقدّمه: «قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعه فى الشىء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاک إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط».(3)

ولو سلم عدم دلاله النصوص على نصب كلّ شيعى عالم بأحكامهم كما ذكر فلا

1- (1) وسائل الشيعه 27: الباب 3 من أبواب صفات القاضى، الحديث 5: 18.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 24 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 62.

3- (3) وسائل الشيعه 19: الباب 23 من أبواب قصاص النفس، الحديث 2: 45.

....

الشَرح:

أقل من عدم الدلاله على عدم النصب.

بل لو تأمّل المتأمّل فى القضاه الذين كانوا زمان النبى صلى الله عليه و آله وأمر الناس بالترافع إليهم لوجد جلّهم قاصرين عن مرتبه الاجتهاد وكان قضاؤهم وحكمهم بما سمعوا عن النبى صلى الله عليه و آله ، فالالتزام بقصور من تعلّم جمله من أحكامهم مشافهه أو اجتهاداً أو بتقليد صحيح عن منصب القضاء خلاف الآيات والروايات المشار إليها، ونصب خصوص المجتهد زمان الغيبه بناءً على ظهور المعتبره والمقبوله فيه لا ينافى نصب غيره للقضاء أيضاً، فيكون نصب المجتهد بالنصب العام على وجه يكون للإمام عليه السلام من الرئاسه العامه للتصرّف بالقضاء وغيره من الولايات، ومن تلك الولايات نصب القاضى، فيجوز للمجتهد نصب مقلّده للقضاء بفتواه فى المنازعات المرفوعه إليه ولا تكون هذه الرئاسه لغيره.

والمتحصل: أنّ اشتراط الاجتهاد فى القاضى الموجب لعدم جواز القضاء لغيره من العالم بالأحكام بالتقليد الصحيح كاشتراط البصر والكتابه والحريه ونحو ذلک يناسب الاستحسان والقياس ونحوهما ممّا ذكره العامّه ولا يناسب الروايات المنقوله إلينا عن الأئمه عليهم السلام ، ودعوى الاجماع فى المسأله لا يمكن المساعده عليها حيث حكى فى التنقيح عن المبسوط بأنّ فى المسأله أقوالاً ثلاثه: منها جواز تصدى العامى للقضاء، بحيث أن يستفتى المجتهد ثمّ يقضى وإذا كان جواز التصدّى من العامى قبل تعلّمه قولاً فكيف يدّعى عدم الجواز لمن تصدّى للقضاء بعد الاستفتاء وتعلّم جمله من الأحكام بحيث يقضى فى الواقعه بما يعلمه !

وذكر قدس سره فى آخر كلامه: ولو سلم اعتبار النصب أو غيره من الشرائط ممّا ذكروه فى القاضى من الكتابه والبصر ونحو ذلک فلا وجه لاعتبارها فى جواز الافتاء، حيث إنّ

....

الشَرح:

الفتوى بالاجتهاد الصحيح حكم بما أنزل اللّه والعدل والقسط فيجوز ويجب الأخذ بها بعد كونها مندرجه فى العدل والحكم بما أنزل اللّه والقيام بالقسط ولا يحتاج إلى النصب كما هو مقتضى جوازها ووجوب الأخذ بها فيكون شروط القضاء غير شرط الفتوى، نعم يمكن استفاده اعتبار الفتوى من دليل جواز القضاء فإنّ الحكم الخاص الذى طبق على واقعه ويعبّر عنه بالقضاء إذا كان حقاً وعدلاً وقسطاً كانت الكبرى المنطبقه عليها حقّاً وعدلاً وتلك الكبرى تعتبر هذا ملخص كلامه الطويل العريض فى المقام.

أقول: أمّا قولهِ سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ»،(1) ظاهره ولا أقل من المحتمل كون المراد من القيام بالقسط هى الشهاده بالحق وعدم العدول عنه، ويؤيده قوله سبحانه فى سوره المائده: «يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ»، (2) وعلى تقدير كون المراد القيمومه بالقسط فى كلّ مقام حتّى عند القيام بالقضاء بين الناس، بأن يكونوا شهداء للّه خبراً بعد خبر فليس لها دلاله على نفوذ القضاء من كلّ شخص، لعدم كونها فى مقام بيان شرائط القاضى، بل فى مقام بيان العدل والحق فى كلّ الأُمور ومنها القضاء، كما أنّ الأمر بكون الناس شهداء للّه لا يقتضى قبول الشهاده فى كلّ مقام عن كلّ شخص كما إذا كانت على الغير ولم يكن عادلاً.

وبتعبير آخر: شمول قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» للقضاء بين الناس، مثل قوله سبحانه: «وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»(3)

1- (1) النساء: 135.
2- (2) المائده: 8.
3- (3) النساء: 58.

....

الشَرح:

فی مقام اعتبار القسط فی الحکم، وأمّا الأُمور المعتبره فی الحاکم فلا نظر له إلی ذلک، فلا یمکن التمسّک بشیء منهما فی دفع احتمال بعض الأُمور المحتمل اعتبارها فی الحاکم کالاجتهاد وکونه رجلاً، لاحظ قوله سبحانه: «إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ»(1) فإنّه لیس فی مقام بیان الأُمور المعتبره فی المطلق، ولو شک فی اعتبار کون المطلق زوجاً أو یصحّ طلاق الولی أیضاً فلا یمکن التمسّک به فی اثبات صحّه طلاق الولی.

وممّا ذکرنا یظهر ما عن بعض الأصحاب قدّس سرّه من رفع الید عن اطلاق الآیات بما ورد فی نفوذ القضاء من کون القاضی راویاً للحدیث والناظر فی الحلال والحرام والعالم بقضایاهم من العناوین التی لا تصدق علی العامی ولو مع تعلّمه عدداً من القضایا من مجتهده لا یمکن المساعده علیها.

والحاصل: أنّ الکلام فی المقام فی شرائط القاضی بحیث ینفذ حکمه لا فی شرائط حلیه ابراز الحکم الشرعی والحق فی الواقعه؛ ولذا لا یمکن التمسّک فی المقام أیضاً بقوله سبحانه: «وَمَن لَمْ یَحْکُم بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ فَأُوْلئِکَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»(2) فإنّ مفهومه أنّه لا محذور تکلیفاً علی الشخص إذا کان حکمه بما أنزل اللّه، وأمّا ما یعتبر فی نفوذ ذلک الحکم فلا تعرض فیه لذلک، ونظر ذلک ما ورد فی رجل قضی بالحق وهو یعلم.

نعم ربّما یستدلّ علی عدم اعتبار الاجتهاد ولو بنحو التجزی فی قاضی التحکیم بالاطلاق فی صحیحه الحلبی «قال: قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : ربّما کان بین رجلین من أصحابنا المنازعه فی الشیء فیتراضیان برجل منّا فقال: لیس هو ذاک الحدیث». بعد تقییدها بکون الرجل عادلاً یعلم القضاء فی تلک الواقعه ولو تقلیداً، أخذاً بما دلّ علی

1- (1) الطلاق: 1.
2- (2) المائده: 47.

....

الشَرح:

عدم نفوذ الفاسق وعدم جواز القضاء مع الجهل بالحق.

ولكن قد تقدّم أنّ مدلول مقبوله عمر بن حنظله ومعتبره سالم بن مكرم يناسب القضاء بنحو التحكيم، حيث إنّ الأمربتوافق الخصمين فى الرجوع إلى من ذكر فيهما والرضا بحكمه مقتضاه ذلک ولو كان المراد القاضى الابتدائى لكان تعيين المراجعه إليه بيد المدعى، لمّا يأتى من أنّ تعيين القاضى حق للمدعى والمدعى عليه ملزم بالاستجابه عند رجوع المدعى إلى القاضى الابتدائى، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى ذيل المقبوله من فرض تعيين كل من المتخاصمين رجلاً وتراضيهما بكونهما ناظرين فى منازعتهما، ولو كان القضاء ابتدائياً لكان الحكم هو الذى عيّنه المدعى، وينفذ حكمه على المتخاصمين.

أضف إلى ذلک أنّ المقبوله والمعتبره لم يفرض فيهما زمان الغيبه، بل المتيقن من الأمر فيهما بالمراجعه إلى من وصفه عليه السلام زمان حضوره، ومن الظاهر أنّ فى ذلک الزمان لم يكن القضاء من أصحابه عليه السلام كالقضاء ممّن له شؤون القاضى من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، أو حقوق اللّه من العقوبات لأنّ هذا الاستيفاء يتوقف على القدره والسيطره التى كانت بيد المخالفين، ولا تحصل للشخص إلاّ أنّ يكون بيده ولايه البلاد وإمارتها أو بكونه منصوباً بالنصب الخاص من قبل من يكون كذلک، اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ عدم التمكّن من العمل بمقتضى الولايه لا ينافى ثبوت الولايه.

هذا كلّه بالاضافه إلى اشتراط الاجتهاد وعدمه فى القاضى، وأمّا اعتبار سائر الأمور من عرفانه الكتابه والبصر والحريه و غير ذلک فقد تقدّم أنّ مقتضى الاطلاق فى دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار شىء منها، فيكفى فى القاضى البصيره ولا يلزم البصر وكذا فى غيره.

وهنا مسائل:

الأُولى: يشترط فى ثبوت الولايه اذن الإمام عليه السلام [1] أو من فوّض إليه الإمام، ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته، نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعيه وترافعا إليه فحكم بينهما لزمهما الحكم ولا يشترط رضاهما بعد الحكم، ويشترط فيه ما الشَرح:

[1] ظاهر كلامه قدس سره أن نصب الإمام عليه السلام أو من فوّض إليه أمر النصب شرط فى نفوذ القضاء من القاضى الابتدائى فلا ينفذ القضاء من غير المجاز إلاّ بنحو التحكيم، ويعتبر فى قاضى التحكيم الشرائط المعتبره فى القاضى الابتدائى ومنها الاجتهاد كما تقدّم.

ثمّ ذكر قدس سره أنّ مع عدم إذن الإمام ينفذ القضاء الفقيه الجامع لشرائط الفتوى من فقهاء أهل البيت عليهم السلام ، وتمسّک فى ذلک بقول أبى عبداللّه عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «فاجعلوه قاضياً فانّى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه».

أقول: إن كان المراد بالاذن الاذن الخاص، فيمكن الفرق بين قاضى التحكيم والقاضى الابتدائى بأنّه ليس فى قاضى التحكيم الاذن الخاص، ولذا لا ينفذ حكمه إلاّ مع تراضى الخصمين بكونه حاكماً فى منازعتهما، إلاّ أنّه يرد عليه أنّه كيف يمكن القاضى الابتدائى مع عدم إذن الإمام عليه السلام .

فان قيل: انّه لا يعتبر مع عدم حضور الإمام عليه السلام الاذن الخاص فى القاضى الابتدائى، فيقال: إن كان المستند لعدم اعتباره معتبره أبى خديجه وروايه عمر بن حنظله وغيرهما فهى تعم زمان حضور الإمام عليه السلام بل ذلک الزمان مقطوع من مدلولها.

وبالجمله: نفوذ القضاء بلا إذن خاص فى زمان غيبه الإمام عليه السلام خاصه خارج عن مدلول تلک الأخبار، إلاّ أن يراد من عدم الإمام عدم التمكّن من الرجوع إليه، سواء أكان زمان الحضور أم زمان الغيبه.

....

الشَرح:

وإن كان المراد بالإذن الأعم من الاذن الخاص، كما هو المعروف فى كلمات الأصحاب فكيف يتصوّر قاضى التحكيم مع اعتبار الاجتهاد فيه كالقاضى الابتدائى. والحاصل: لم يظهر لى ما يجمع شمل كلام الماتن فى المقام.

وأيضاً إن أراد ممّا ذكره قدس سره من جواز القضاء بنحو التحكيم فى جميع الأحكام تمام المرافعات والمنازعات، فهو وإن أراد استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض لاستيفاء حقوق الناس وحقوق اللّه من العقوبات الشرعيه فمن المعلوم أنّه ليس فى البين ما يدلّ على جواز ذلک لمن يجوز له القضاء بنحو التحكيم، بل غايه ما يستفاد من صحيحه الحلبى المتقدّمه نفوذ قضائه فى المنازعات والمرافعات، بل استفاده العموم من معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله أيضاً مشكل.

نعم، لا يبعد أن يقتضى دليل الحسبه التصدى للقضاء بنحو القاضى المنصوب الخاص، واستيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، واجراء الحدود والتعزيرات على مرتكبى موجباتهما؛ حفظاً لحقوق الناس ونظام البلاد؛ وكون من له القضاء هو المتيقن ممّن تقتضى خطابات الحدود والتعزيرات اجرائهما على المرتكبين.

ثمّ إنّه يكفى فى القاضى فى واقعه علمه بحكمها، ولو بنحو التجزى فى الاجتهاد، فلا يعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ما ورد فى معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله عليه، فإنّ العلم بالأحكام المتعارف فى ذلک الزمان وعرفانه بها والنظر فيها كان بوصول الخطابات الشرعيه إلى الشخص وعرفانه مداليلها بمقدار يعتدّ بها، وهذا أقلّ مراتب الاجتهاد، ونصب القاضى فى زمان النبى صلى الله عليه و آله أو فى زمان على عليه السلام قد وقع لهذا النحو من العالم، واستظهار جواز القضاء لمن تعبّد بفهم الغير من تلک الخطابات والروايات وان صدق عليه أنّه تعلم الأحكام من ذلک الغير مشكل جداً؛

عدم جواز الترافع إلى قضاه الجور

يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام ويعمّ الجواز كلّ الأحكام ومع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام الجامع للصفات المشترطه فى الفتوى، لقول أبى عبداللّه عليه السلام : «فاجعلوه قاضياً فإنّى جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»، ولو عدل والحال هذه إلى قضاه الجور، كان مخطئاً[1].

الشَرح:

لانصرافهما إلى ما إذا كان التعلّم بنحو المعهود فى ذلک الزمان.

بل فى البين أمر آخر وهو أنّه إذا فرض مع عدم حضور الإمام عليه السلام الولايه الشرعيه بتنظيم أمر البلاد والتحفظ عليها للفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى، أو من نصبه ادخالاً لأمر تنظيم أُمور البلاد والتحفظ عليها فى أُمور الحسبه، فالتصدى للقضاء وسائر شؤون القضاء واستيفاء الحقوق والعقوبات الشرعيه بلا استيذان من ذلک القائم بأمرنظام البلاد والتحفظ بها فيما إذا أوجب ذلک موجباً لبعض الاختلال فيها وضعف القوه المركزيه لحوزه الإسلام، التى تصدى لها الفقيه الجامع لشرائط الفتوى أو المنصوب والمجاز من قبله مشكل إلاّ بنحو قضاء التحكيم، حيث لو قيل باستفاده القضاء الابتدائى من المقبوله ومعتبره أبى خديجه فلا ينبغى التأمّل فى أنّ المفروض من مدلولهما غير هذا الفرض، مع أنّ الأصل عدم نفوذ القضاء فلابدّ فى الخروج عنه من ثبوت الدليل عليه.

نعم إذا كان القائم بأمر تنظيمها والتحفظ عليها ملحقاً بحكّام الجور يكون أمر القضاء فى المنازعات داخلاً فى مداليل الروايات المشار إليها.

[1] لا خلاف فى عدم جواز الترافع إلى قضاه الجور مع التمكّن من الرجوع إلى من هو أهل للقضاء واستيفاء حقه بحكمه.

ويقال: وكذا المراجعه إلى مطلق من ليس أهلاً للقضاء؛ ويشهد لذلک مثل معتبره أبى خديجه المتقدّمه، فإنّ عدم الجواز مقتضى التحذير الوارد فيها من قوله عليه السلام : «إيّاكم

....

الشَرح:

أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور»، ونحوها غيرها.

ولكن يمكن دعوى أنّ التحذير المزبور لا يعمّ مطلق من لا يكون أهلاً للقضاء، بل مثل القضاه فى ذلک العصر ممّن كانوا من أصحاب الصوله والسيطره ومستقلين فى قضاياهم ولو بالقياسات والاستحسانات تاركين قضايا أهل بيت العصمه عليهم السلام .

وعلى ذلک فلا يكون فى المراجعه إلى غير أهله من العالم بقضاياهم عليهم السلام مع فقده بعض الأُمور المعتبره فى القاضى إلاّ الحكم الوضعى وهو عدم نفوذ قضائه، فلا يحلّ له المال فيما إذا لم يحرز بحجّه معتبره من الخارج أنّه حقّه، بخلاف ما إذا أحرز ذلک، فلا يكون عليه فى أخذه أىّ محذور.

وقيل بحرمه اعانه الغير على ارتكاب الحرام فيحرم المراجعه إليه، يعنى إلى غير الأهل للقضاء لأنّ القضاء من غير الأهل محرم، والمراجعه إليه من اعانته على ارتكابه المحرم.

ولكن ذكرنا فى المكاسب المحرّمه أنّ فى حرمه مجرد اعانه الغير على ارتكابه الحرام من غير كونه داخلاً فى عنوان الاعانه على الظلم على الغير ومن غير كونه تعاوناً على الأثم والعدوان تأمّلاً، وأيضاً فى حرمه قضاء غير الأهل مع علمه بحكم الواقعه مع التزامه بعدم نفوذ قضائه تأمّل، وإنّما لا يكون قضاؤه جائزاً وضعاً، نعم القضاء من غير علم محرّم لأنّه من الافتراء والكذب على الشارع.

وكيف ما كان فلو توقّف استنقاذ حقّه المعلوم والمحرز على المراجعه إلى قاضى الجور أو من ليس أهلاً للقضاء فيجوز كما هو ظاهر الماتن قدس سره وغيره، والوجه فى ذلک أنّ التحذير فى معتبره أبى خديجه وغيرها منصرف إلى صوره امكان فصل الخصومه بالمراجعه إلى من كان أهلاً له ولو بنحو التحكيم، ولو فرض الاطلاق وعدم

....

الشَرح:

الانصراف يكون الجواز مقتضى قاعده نفى الضرر الحاكمه عل المحرمات، ومنها المراجعه إلى أهل الجور أو حرمه الاعانه على إثم الغير وارتكابه الحرام.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جماعه من الأصحاب، بل المشهور عندهم كما قيل إنّه إن أخذ حقّه بالمراجعه إلى غير الأهل للقضاء فى فرض حرمه المراجعه إليه لا يحلّ له ذلک الحق وإن كان ثابتاً فى الواقع.

وقد ورد ذلک فى معتبره عمر بن حنظله التى وصفوها بالمقبوله لعمل الأصحاب بهذا الحكم الوارد فيها، وعباره عدّه من الأصحاب كعباره الماتن خاليه عن ذكر ذلک. وناقش بعضهم فى الروايه بضعف السند لعدم ثبوت توثيقٍ لعمر ابن حنظله، ولكن ذكرنا أنّ الرجل من المعاريف، ولم يرد فى حقه قدح.

نعم، لا موجب لعدم الحل فيما إذا كان مورد المخاصمه عيناً وكان الشخص محرزاً أنّها ماله، فإنّ مقتضى كونها ماله جواز تصرّفه فيها والحق الوارد فيها ينصرف إلى الدين، والدين وان يتعيّن فى المال الخارجى باعطاء المديون بقصد الوفاء، وهذا لاقصد حاصل فى فرض الروايه، لكن عدم حلّ هذا للشخص لعدم علمه باستحقاقه واقعاً، كما هو المفروض فى المعتبره من كون مورد السؤال فيها الشبهه الحكميه.

ومن هنا لو كان الحق الوارد فيها ما يعمّ العين فلا بأس بالالتزام بعدم الحل، لمّا ذكرنا أنّ المفروض فيها الشبهه الحكميه، ومع عدم نفوذ قضاء القاضى لا سبيل للشخص إلى إحراز حقّه ليجوز له بحسب الحكم الظاهرى.

وبتعبير آخر: المفروض فى المعتبره اختلافهما فى الدين والميراث، فالأوّل يختصّ بغير العين والثانى يعمّ العين والدين، ويلتزم بأنّ الشخص فيما إذا لم يحرز استحقاقه إلاّ بطريق القضاء غير النافذ فلا يجوز له التصرّف ولو كان محقاً فى الواقع

استحباب تولى القضاء لمن يثق من نفسه

الثانيه: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه[1]، وربّما وجب ووجوبه على الكفايه، وإذا علم الإمام أنّ بلداً خالٍ من قاضٍ لزم أن يبعث له. ويأثم أهل البلد بالإتفاق على منعه ويحلّ قتالهم طلباً للاجابه، ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام قال فى الخلاف: لم يكن له الامتناع لأنّ ما يُلزم به الإمام واجب، ونحن نمنع الإلزام إذ الإمام لا يلزم بما ليس لازماً، أمّا لو لم يوجد غيره تعيّن هو ولزمه الاجابه، ولو لم يعلم به الإمام وجب أنّ يعرّف نفسه لأنّ القضاء من باب الأمر بالمعروف. وهل يجوز أن يبذل مالاً لِيَلى القضاء؟ قيل: لا لأنّه كالرشوه.

الشَرح:

فى موارد الدين والعين، ولو سلّم أنّ الروايه تعم العين والدين حتّى ما إذا كان الاختلاف فيهما لاختلاف الموضوع لا الحكم الكلى، فيلتزم بعدم الحل لكنّه عدم الحل فى خصوص المراجعه إلى المفروض فيها من السلطان الجائر والقاضى المنصوب من قبله.

[1] ذكر الماتن قدس سره استحباب تولى القضاء لمن يثق بنفسه ويجد لنفسها شرائط القضاء، وقد يجب كفايه، ويظهر من آخر كلامه أنّ وجوبه فى موارده من جهه وجوب الأمر بالمعروف، وكأنّ حكم القاضى بين المتخاصمين داخل فى عنوان الأمر بالمعروف فيجب حيث قال: ولو لم يعلم الإمام من يكون له شرائط القاضى مع انحصار واجدها به وجب أن يعرّف نفسه طلباً لنصب الإمام؛ لأنّ القضاء من الأمر بالمعروف.

وفيه ما تقدّم من أنّ وجوب القضاء لا يرتبط بمسأله وجوب الأمر بالمعروف، كيف وقد لا يكون من يلزم بالدين على صاحبه لاثباته ذلک الدين بالبينه معروفاً واقعاً لخطأ البينه، أو لأنّ المنكر قد أدّى الدين ولكن لعدم البينه له على الاداء أنكر الدين إلى غير ذلک من الموضوعات التى لا يجب فيها ارشاد الجاهل بها أو المعتقد بخلافها.

....

الشَرح:

وكيف كان فالمذكور فى كلام جماعه من الأصحاب أنّ القضاء مستحب عينى وواجب كفائى.

ويورد على ذلک بأن الاستحباب التعيينى وإن يجتمع مع الوجوب التخييرى كما فى كفاره شهر رمضان حيث يجب عتق الرقبه تخييراً مع كونه مستحباً تعييناً، حيث انّ الوجوب فى موارد التخييرى يتعلق بالجامع بين الخصال و لو كان ذلک الجامع امراً انتزاعياً اعتبارياً كعنوان أحدهما فلا يتعلّق الوجوب بعتق الرقبه، بل يتعلّق بالجامع ويكون العتق مصداقاً له، فلا منع فى كون تطبيق الواجب عليه مستحباً تعييناً، وأمّا فى موارد الوجوب الكفائى فاجتماع الوجوب الكفائى فى فعل مع كون ذلک الفعل مستحباً عينياً غير ممكن؛ لأنّ التكليف فى موارد الوجوب الكفائى يتوجه إلى كلّ واحد من المتعددين، غايه الأمر التكليف المتوجه إلى كل منهم مغَيّى بعدم حصول الفعل من الآخرين، حيث إنّ توجه التكليف و البعث الى الجامع من غير أن يتوجه إلى الأشخاص غير معقول، فإنّ الجامع لا يقبل الانبعاث و الانزجار و لا يقاس بالأحكام الوضعيه مثل ملكيه الزكاه للفقير و سهم الساده للهاشمى الفقير.

وعلى ذلک فمع توجه التكليف الوجوبى إلى فعل الشخص، ولو مع كونه مغَيّى بعدم حصول الفعل من الآخر، كيف يكون ذلک الفعل مستحباً لذلک الشخص، خصوصاً بملاحظه أنّ الاستحباب أيضاً يكون كفائياً لسقوطه بحصول الفعل من الآخرين.

وقد نقل فى الجواهر فى الجمع بين الاستحباب العينى و الوجوب الكفائى بعض الوجوه، ككون الوجوب الكفائى قبل قيام الغير بشؤون القضاء فى الواقعه والاستحباب النفسى ممن يثق بنفسه يتعلّق بالقضاء فى تلک الواقعه بعد تصدى الغير وقيامه بمقدمات القضاء فيها.

الثالثه: إذا وجد إثنان متفاوتان فى الفضيله مع استكمال الشرائط المعتبره فيهما، فإن قلّد الأفضل جاز، وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردد، والوجه الجواز[1] [لأنّ خلله ينجبر بنظر الأمام.

الشَرح:

وناقش فيه بأنّهم لم يقيّدوا الاستحباب بما بعد سقوط الوجوب الكفائى وقيام الغير بشؤون القضاء فى واقعه، مع أنّ الوجوب الكفائى لايسقط بمجرّد قيام الغير بمقدمات الفعل أو تهيئه نفسه للاتيان به، وذكر أنّ الأولى أن يقال: إن التولى للقضاء عن الإمام عليه السلام مستحب نفسى لمن يثق من نفسه و لايجب على غير الإمام عليه السلام التولى على ما تقدم من الروايات و فى بعضها من أنّ القضاء لنبى أو وصى نبى، نعم ربّما يجب التولى إذا كان مقدمه للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، بحيث يكون الشخص مع تولى القضاء متمكّناً منهما كما يجب فيما أمر الإمام عليه السلام بالتولى، ولعل ما ذكر المصنّف رحمه الله يرجع إلى ذلک، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال إنّ تولى القضاء بجعل نفسه فى معرض المرافعه إليه مع شمول الاذن و النصب له وإن كان واجباً كفائياً مع عدم الانحصار، و عينياً مع الانحصار، حفظاً للنظام و حسماً للمخاصمه و المنازعه بين الناس الموجبه لانعدام الأمن و التشاجر الموجب لضياع الحقوق، إلاّ أنّ وجوب القضاء فى كل واقعه ترفع إليه غير واجب فيما إذا أمكن عرض الصلح على المترافعين أو ترغيب مدعى الحق فى العفو والاغماض، حتى على تقدير حقه واقعاً، وفى مثل ذلک إذا اطمئن من نفسه بايصال الحق إلى صاحبه بالقضاء فيها يكون القضاء مستحباً لما فيه اعانه وسعى فى قضاء حاجه المؤمن ونحو ايصال الحق إلى صاحبه.

[1] ذكر قدس سره إذاكان اثنان بشرائط القاضى، ولكن اختص أحدهما بالفضيله، يعنى بالأعلميّه فى مسائل القضاء ، فلو نصب الإمام الأفضل جاز، وهل يجوز له ترک

....

الشَرح:

الأفضل و نصب المفضول؟ فيه تردد، ولكن الأظهر جوازه؛ لأنّ الخلل الحاصل بترک نصب الأفضل ينجبر بكون الإمام ناظراً إلى قضاء المفضول.

وأورد عليه فى الجواهر أنّه قد لا يكون الإمام عليه السلام قريباً ليطلع على حكم المفضول فى الوقائع المرفوعه إليه، و إنّ أصل فرض المسأله خال عن الثمره، حيث إن الإمام عليه السلام أعلم بما يفعل مع حضوره والعمده التكلّم فى نواب الغيبه الذين بيدهم القضاء فى الوقائع، و أنّه هل يجوز المرافعه إلى المفضول منهم فى القضاء أو الفتوى ولو مع العلم باختلاف الفاضل مع المفضول فى القضاء أو الفتوى ولو اجمالاً؟ فاختار الجواز أخذاً بالاطلاق فى أدلّه النصب العام من قوله عليه السلام «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا»، فإنّه عليه السلام لم يقل انظروا إلى الأفضل منكم، وإذا كان قضاء المفضول مع وجود الأفضل نافذاً فلازمه اعتبار فتواه فى كلّى تلک الواقعه؛ لأنّ الحكم الكلّى يكون من الحق والقسط وما أنزل اللّه، فيستفاد جواز تقليد المفضول من جواز المحاكمه إليه، أضف إلى ذلک السيره المستمره من المتشرعه، فانّها كانت جاريه على الرجوع فى الوقائع المبتلى بها إلى نواب الإمام عليه السلام مع العلم باختلافهم فى مراتب الفضل.

لايقال: لايمكن التخيير بين الأفضل و المفضول مع العلم باختلافهما، كيف قد ورد فى بعض الروايات تعيّن حكم الفاضل و ترجيحه على حكم غيره.

فانّه يقال: ان ما أُشير إليه فى بعض الروايات ناظر إلى ما إذا اتفق المتخاصمين على المراجعه إلى الفاضل و المفضول دفعه، فاختلفا فى حكم الواقعه فإنّه فى هذا الفرض لايمكن التخيير ولاترتفع المخاصمه، فلابد من ترجيح أحدهما، ولذا ذكر فيها أنّه مع فقد الترجيح يتوقف حتى يلقى الإمام عليه السلام ولاينافى ذلک التخيير ابتداءً فى

....

الشَرح:

رفع أصل المخاصمه بين الرجوع إلى الفاضل أو المفضول، بل التأمّل فى أدلّه النصب ومنها صدر المقبوله يقضى تجويز الرجوع الى كل منهما و نفوذ قضائه.

أقول: أمّا مسأله الرجوع إلى الأعلم فى مقام الاستفتاء فهى خارجه عن البحث فى المقام، وقد تقدم أنّه لاملازمه بين نفوذ قضاء المفضول و اعتبار فتواه، والكلام فى المقام فى نفوذ قضائه مع وجود الفاضل، والأظهر بحسب معتبره أبى مريم و معتبره عمر بن حنظله جواز الرجوع إلى كل منهما، ولكن بما أنّ نفوذ القضاء واعتباره كنفوذ الفتوى واعتبارها طريقىّ فلا إطلاق لهما بالاضافه إلى صوره العلم باختلاف الفاضل و المفضول فى القضاء فى الواقعه التى يراد رفعها إلى القضاء.

وبتعبير آخر: لا يدخل هذا الفرض فى مدلول معتبره أبى مريم و صدر معتبره عمر بن حنظله.

نعم يستظهر من ذيل الثانيه اعتبار قضاء الأعلم، حيث لايحتمل الفرق بين اعتبار قضائه بعد المراجعه إليه مع المراجعه إلى المفضول وبين الاتفاق على المراجعه إلى الأعلم خاصه من الابتداء. بل مقتضى ما تقدم من لزوم التصدى للقضاء حفظاً للنظام واستيفاءً لحقوق بعض الرعيه على البعض الآخر المستكشف منه نفوذ القضاء أيضاً نفوذ قضاء الفاضل مع احراز اختلاف قضائه مع المفضول.

بل لو قيل باعتبار النصب الخاص فيما كان فى بقعه من الأرض زعامه اسلاميه بحيث يمكن احراز الولايه الشرعيه للمتصدى لها فالمتعين عليه نصب الفاضل إذا كان فى نصبه كفايه، لأنّ نفوذ نصبه بالاضافه إلى الأفضل محرز و غيره مشكوک.

وربّما يدل عليه ما فى العهد المعروف إلى مالک الأشتر من قوله عليه السلام «اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتک»،(1) ولكن المراد ليس هو الأفضل المطلق بل

1- (1) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب آداب القاضى، الحديث 9: 163.

الرابعه: إذا اذن له الإمام فى الاستخلاف جاز ولو منع لم يجز، ومع اطلاق التوليه إن كان هناک اماره تدلّ على الاذن، مثل سعه الولايه التيلا تضبطها اليد الواحده جاز الاستنابه وإلاّ فلا، استناداً إلى أنّ القضاء موقوف على الإذن[1].

الشَرح:

الأفضل الموجود فى البلد وماحوله بحيث يمكن لعامه الناس فى ذلک البلد أو ماحوله من الرجوع إليه، فانّ اعتبار الرجوع إلى الأفضل المطلق نظير تقليد الأعلم غير محتمل، حيث لاتتيسّر لجميع الناس المرافعه إليه بخلاف أخذ الفتوى، فإنّه يمكن الأخذ بالرجوع إلى رواه الفتوى أو الرجوع إلى رساله الأعلم.

نعم لا يبعد أن يكون الأمر فى القضاء أيضاً كذلک فيما إذا كان اختلاف المترافعين ومنازعتهما ناشئه عن جهلهما بالحكم الشرعى الثابت للواقعه التى ابتليا بها، حيث إنّه ترتفع منازعتهما برجوعهما إلى فتوى الأعلم من غير حاجه إلى القضاء.

[1] ذكر قدس سره انّه لو أذن الإمام عليه السلام لمنصوبه الخاص فى الاستخلاف للقضاء جاز له استخلاف من يجوز له القضاء مع نصبه ولو منع عن الاستخلاف لم يجز، ومع اطلاق توليته القضاء وتفويضه إليه فإن كان فى البين قرينه تقتضى الاذن فى الاستخلاف، كما لو كان البلد وسيعاً لا يتيسّر فيه القضاء بوحده جاز الاستخلاف، ومع عدم القرينه فلا يجوز لأنّ القضاء من غير الإمام عليه السلام موقوف على اذنه عليه السلام وقد تحقق بالاضافه إلى المنصوب دون من يستخلفه.

أقول: المهم فى المقام التكلم فى زمان الغيبه وانّ المنصوب للقضاء بالنصب العام يجوز له أن يستنيب غيره بالقضاء بالتوكيل، فيما إذا لم يكن من ينوب عنه داخلاً فى النصب العام كأن يوكّل المجتهد مقلّده البصير فيأمر القضاء أن يقتضى بفتاواه فى الوقائع التى ترفع إليه، بأن يطبق على تلک الوقائع فتاواه التى ذكرها فى رسالته أو كتابه، فيحكم بمقتضاها.

....

الشَرح:

فقد ذكر فى الجواهر جواز ذلک ونقله عن المحكى عن الفاضل القمى وقال: لابأس بذلک لولم يكن اجماع على خلافه كما لهجت بدعواه ألسنه المعاصرين وبعض من تقدّمهم، وقال: لايرد على ذلک باختصاص النصب العام بالمجتهد، فكيف يكون قضاء غيره نافذاً، فإنّ اختصاص النصب العام للمجتهد يقتضى عدم نفوذ حكم غيره مستقلاً، لا عدم نفوذ حكمه ولوكان بالتوكيل عن المنصوب، فانّ للمجتهد الولايه على القضاء نظير ماكان للإمام عليه السلام على ماهو ظاهر روايه عمر بن حنظله وكماكان للإمام عليه السلام الاستنابه للقضاء بقضاياه عليه السلام كذلک للمجتهد الاستنابه وتوليه الحكم بفتاواه التى هى عدل وقسط وحكم بماأنزل اللّه؛ انتهى.

ولا يخفى أنّ غايه مايستفاد من النصب العام أنّ للعالم بقضاياهم أن يقضى فى الوقائع التى ترفع إليه، وأمّا أنّ له التوكيل بأن يوكّل الغير فى القضاء فيها فلا.

وبتعبير آخر: ان مقتضى جعل شخص حاكماً أو قاضياً كما هو مقتضى معتبره أبى خديجه ومقبوله عمر بن حنظله هو قيام مبدء القضاء والحكم بذلک الشخص لا الأعم من قيامه به وبمن هو من قبله، إلاّ أن يثبت أنّ القضاء نظير البيع والنكاح والطلاق من الأمور التى تستند إلى الشخص بالتسبيب والوكاله، كما أنّه لم يحرز أنّه من الأفعال التى تستند عرفاً إلى غير المباشر أيضاً، كما فى الحلق والذبح والتصدّق.

وليس فيما ورد بمشروعيه الوكاله عموم يدخل فيه القضاء. والتمسّک فى مشروعيه التوكيل فى القضاء بمثل روايه معاويه بن وهب وجابر بن يزيد غير صحيح؛ فإنّها وارده فى بيان حكم آخر، وهو استمرار الوكاله فيأمر إلى زمان وصول العزل إلى الوكيل بعد مشروعيه الوكاله فى ذلک الأمر.

وبالجمله: الثابت هو أنّ قضاء المجتهد قضاؤه عليه السلام وأمّا أنّ قضاء وكيل

....

الشَرح:

المجتهد قضاؤه عليه السلام فهذا غير ظاهر، ومقتضى الأصل عدم النفوذ.

هذا كلّه إذا وكّل المجتهد مقلّده، وأمّا إذا وكّل مجتهداً آخر لا يجوز لذلک المجتهد الاستقلال بالقضاء، كما إذا كان مفضولاً و مع الأفضل فى البلد فالأمر أيضاً كذلک، بل الأمر فيه اشكل فإنّه وإن وكّله فى القضاء بعلمه فالمفروض أنّ القضاء عنه بعلمه غير نافذ فى الواقعه، وإن وكّله فى القضاء بفتوى الموكّل فالمفروض أنّ ذلک المجتهد لا يرى فتواه حكم اللّه والحق والعدل فكيف يكون قضاؤه بالحق والعدل وبما أنزل اللّه.

وأجاب عن ذلک السيد اليزدى قدس سره بأنّ دليل اعتبار ظن المجتهد على حدّ سواء بالاضافه إلى المجتهدين، ولكن لم يظهر وجه صحيح لذلک الجواب، فإنّ مقتضاه أن يترک ما استفاده من الأدله والأخذ فى الواقعه بفتوى الغير، وكيف يمكن لمجتهد أن يترک مقتضى خطاب الشرع بنظره ويتعبّد يمايراه مقتضى خلاف ظاهره.

ثمّ إنّه قد يقال: إذا اقتضت المصلحه توليه القضاء لغير الواجد لشرائط القاضى كغير العالم أو غير العادل فللإمام عليه السلام توليته، ويستدلّ على ذلک بنصب شريح المعروف بفقده شرائطه، وانّ الاضطرار إلى فعل كمايرفع حرمته كذلک الاضطرار إلى ترک رعايه شرط يرفع اشتراطه، وعلى ذلک فالاضطرار إلى قضاء العالم بالحكم من غير اجتهاد أو من غير عداله يوجب جواز المرافعه إليه، بل نفوذ قضائه وجواز نصبه.

أقول: الاضطرار، تاره: يلاحظ بالاضافه إلى ولىّ الرعيه حيث لايكون له خيار إلاّ نصب من لايكون واجداً للأوصاف المشروطه، كما قيل وقوع ذلک فى نصب شريح، وأخرى: بالاضافه إلى الرعيه حيث يضطرّون إلى المرافعه إلى قضاء غير الواجد لشرائط القاضى. وثالثه: يلاحظ بالاضافه إلى نفس القاضى حيث يرى نفسه فاقداً

....

الشَرح:

لبعض شرائط القاضى كالعداله أو الاجتهاد، ولكن يرى حاجه الرعيه إلى قضائه لعدم كون الواجد لشرائط القضاء بمقدار الكفايه لحاجه الناس أو عدم تصدّى الواجد لشرائطه للقضاء، عذراً أو من غير عذر.

فإن كان الاضطرار بالاضافه إلى ولىّ المسلمين فلا ينبغى التأمّل فيأنّه يجوز له الاذن لغير الواجد بالقضاء بالحق فى الوقائع المرفوعه إليها؛ لأنّ الاذن فى القضاء فى نفسه وان كان غير جائز لغير الواجد، إلاّ أنّ طروّ الاضطرار إلى الاذن والنصب يجوّزه، كمايجوزه نفى الحرج أو الضرر الحرمه الثابته فى فعل لولا طروّ هذه العناوين، ويقال من هذا القبيل اضطرار على عليه السلام إلى النصب فى قضيه الحكمين. ولكن لايترتب على هذا النصب حكم وضعى.

وبتعبير آخر: يكون نصبه هذا من قبيل التقيه فى بيان الحكم أو القضاء، ولعل نصب شريح كان من هذا القبيل، ولذا اشترط عليه السلام أن لا ينفذ قضائه حتى يعرضه عليه، وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لما ولّى أميرالمؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه.(1)

نعم لو كان النصب بمعنى الزام ولى المسلمين الرعيه بالعمل بقضاء ذلک الفاقد وترتيب الأثر عليه لطرو المصلحه الموجبه لذلک، فلابأس بالالزام بترتيب أثر القضاء الصحيح عليه، إلاّ مع العلم بخطئه، أو مع العلم بصوابه، كما ربّما يلتزم بذلک بالاضافه إلى قضاء القاضى من أهل الخلاف بالإضافه إلى ثبوت هلال ذى الحجه، ويمكن استظهار ذلک مما ورد فى شأن شريح فى قضيه درع طلحه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1:6.

....

الشَرح:

ولعل اشتراط أن لا ينفذ حكمه حتى يعرضه عليه عليه السلام لاحراز كونه على الحق، وهذا يدخل فى الحكم الولائي بالاضافه إلى الرعيه وبالاضافه إلى الولى من الحكم الشرعى فى نصبه وأمر الرعيه باتباع قضائه، حيث إنّ جواز النصب وجواز الأمر بالاتباع فيما إذا لم يعلم خطأ قضائه أو علم كونه على الموازين من الحكم الشرعى المترتب على ولايه الزعامه على الرعيه، فيما كانت شرعيه كما فى الإمام عليه السلام .

وأمّا اضطرار المترافعين إلى المرافعه إلى فاقد الأوصاف المعتبره فى القاضى، فقد تقدم الكلام فيه فى المراجعه إلى حكّام الجور وقضائهم من أنّه إذا أحرز حقّه وتوقف استنقاذه على الترافع إلى غيرالواجد للأوصاف فلا بأس لإرتفاع الحرمه بأدلّه نفى الضرر الحرج وللاضطرار، ولا يقتضى شىء من ذلک اعتبار قضاء الفاقد لشرائط القضاء، حيث مقتضى الأدلّه الرافعه نفى التكليف الثابت لولاها لا اثبات الحكم الوضعى.

وبالجمله: فالأوصاف المعتبره فى القاضى لايدخل فى فعل المكلّف ليضطرّ إليه فعلاً أو تركاً، وإنّما فعله المرافعه إلى فاقد الوصف والرجوع إليه لو كان محرماً يرتفع حرمته، ولكن لايثبت نفوذ قضائه.

وأمّا اضطرار غير الواجد لأوصاف القاضيإلى القضاء فلايتصور اضطراره إلى قضائه، فإنّ تولّى القضاء مشروط بصفات وعلى غير الواجد تحصيل تلک الصفات مع تمكنه من تحصيلها ليقضى بين الناس، ومع عدم تمكنه فلاتكليف بالاضافه الى القضاء، نعم يمكن تصوير اكراهه على القضاء، ومعه يجوز له القضاء تكليفاً، ولكن لا يثبت لقضائه نفوذ.

الخامسه: إذا ولّى من لايتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز[1] لأنّه من المصالح، وإن تعيّن عليه القضاء ولم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق وإن كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدى فرضاً.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا لم يتعين على الشخص تولّى القضاء كما إذا كان التولى واجباً كفائياً وتولى القضاء وكان له مال يكفى لمؤنته، فالأفضل أن لايأخذ الرزق من بيت المال المجتمع من الزكوات والخراج والمقاسمه وجزيه الرؤوس ونحوها، ولعل وجه كونه أفضل توفير بيت المال وتيسير ولى المسلمين، حيث إنّ الامتناع عن الارتزاق منها اعانته على مهامّه من صرف المال على سائر مصالح المسلمين، ولو طلب الرزق والحال هذه جاز لأنّ صرفها على القضاه من صرفها على مصالح المسلمين.

وذكر فى الجواهر أنّ فى جواز المطالبه اشكال، وهو أنّه مع وجوب تولى القضاء ولو بنحو الواجب الكفائيلا يجوزله الامتناع عن التولى، ومع عدم الجواز كيف يجوز له المطالبه بالمال، هذا لو لم نقل بكون القضاء تعبدياً وإلاّ يجىء فى الطلب اشكال آخر وهو أنّ العباده فعل العبد ليتقرب به إلى اللّه سبحانه ومع أخذ العوض يلزم الجمع بين العوض والمعوض، هذا إذا كان الوجوب كفائياً، وأمّا إذا تولى القضاء لعدم الآخر أو أمر الإمام عليه السلام بالتولى فيجوز أخذ الرزق مع حاجته لقيامه بمصلحه المسلمين ونظام النوع، وأمّا إذا لم يكن محتاجاً فلايجوز على قول لأنّ القضاء فى الفرض متعيّن عليه.

أقول: أمّا أخذ الرزق من بيت المال فالأظهر جوازه، سواء أكان له مال يكفى لمؤنته أم لا؛ لأنّ بيت المال معدّللصرف على مصالح المسلمين، وإذا كان فى اعطاء ولى المسلمين القاضى من بيت المال ولو مع عدم فقره مايوجب اهتمامه وسعيه

امّا لو أخذ الجُعل من المتاحكمين ففيه خلاف والوجه التفصيل، فمع عدم التعين وحصول الضروره قيل يجوز، والأولى المنع ولو اختلّ أحد الشرطين لم يجز.

الشَرح:

فى أمر القضاء جاز له الاعطاء، كما جاز للقاضى الطلب والأخذ.

ولا يقال: قد ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان: «سئل أبوعبداللّه عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلک السحت».(1)

فإنّه يقال: مع أنّ ظاهرها العوض على القضاء، حيث لو كان المراد مجرد الارتزاق لاكتفى السائل بقوله عن قاض بين قريتين يأخذ الرزق من السلطان، فهى منصرفه إلى قضاه الجور المعروفين فى ذلک الزمان المنهى عن المراجعه إليهم من الأعوان الظلمه.

والحاصل: ارتزاق القاضي والاعطاء من بيت المال له من صرفه على مصالح المسلمين، خصوصاً مع حاجته ولو للتوفير على عياله أو تأمين الأُمور المرتبه على قضائه، وقد ورد فى العهد المعروف إلى مالک الأشتر: «واكثر تعاهد قضائه وافسح له فى البذل ما يزيح علّته وتقلّ معه حاجته إلى الناس».(2)

وأمّا أخذ الأُجره على القضاء فقد ذكرنا فى بحث أخذ الأجره على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل ولو كان تعبّدياً لايوجب عدم جواز أخذ الأُجره عليه؛ لأنّ العباده لا توجب كون الفعل مملوكاً لفاعله أو للّه سبحانه بملک اعتباريليلزم من أخذ الأجره عليه الجمع بين العوض والمعوض، ويكفى فى قصد التقرّب المعتبر فيه انّه لو لم يكن أمر الشارع به لماكان يأتى به حتى مع اعطاء الأُجره عليه، بل الموجب لفساد أخذ الأُجره أحد أمرين: أحدهما: أن يكون ايجابه على المكلّف بأن يأتى به مجاناً، الثانى:

1- (1) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1:162.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 9:163.

أمّا الشاهد فلايجوزله أخذ الاجره، لتعيّن الإقامه عليه مع التمكّن، ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم وصاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال لأنّه من المصالح، وكذا من يكيل للناس و يزن، ومن يعلّم القرآن والآداب.

الشَرح:

عدم الماليه لذلک الفعل، سواء أكان واجباً أم مندوباً، بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل.

وربّما يقال: إنّه يستفاد عدم الماليه للقضاء شرعاً وايجابه على واجد الأوصاف مجاناً من صحيحه عمّار بن مروان قال: «قال أبو عبداللّه عليه السلام : كل شىء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيره، منها ما أُصيب من أعمال الولاه الظلمه و منها أُجور القضاه وأُجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ والمسكر والربا بعد البيّنه فأمّا الرشا فى الحكم فإنّ ذلک الكفر باللّه العظيم جلّ اسمه وبرسوله.(1)

وأُجيب بأنّها ناظره إلى ذلک الزمان من القضاه المتصدين للقضاء من قبل الظلمه، وإنّ أُجورهم داخله فى ما أُصيب من أعمال الولاه الظلمه، كما يؤيّدها تكرار لفظه منها الظاهره فى التبعيض، مع رجوع الضمير إلى الموصول لا إلى الأنواع.

أقول: لم تظهر قرينه على أنّ الألف واللام فى القضاه للعهد وتكرار لفظه منها لا يدلّ على شىء لو لم يكن تأنيث الضمير قرينه على عوده إلى الأنواع، مضافاً إلى أنّ القضاء فى واقعه كالافتاء فيها فى عدم الماليه، فالأحوط ترک أخذ العوض من المتخاصمين. بل مطلقاً، وإن كان العهد المعروف يشير إلى جواز الأوّل والاكتفاء بالإرتزاق، حيث إنّ ما فى العهد لايخرج إلى حد الظهور فيأخذ العوض، فإنّه يمكن أن يكون السئوال لكتابه القضاء، ولوكان الكاتب هو القاضى ومثل الكتابه ليس داخلاً فى القضاء الواجب، كما لا يخفى.

1- (1) الوسائل: 12، الباب 5 من أبواب مايكتسب به، الحديث 12:64.

السادسه: تثبت ولايه القاضى بالاستفاضه [1]، وكذا يثبت بالاستفاضه: النسب

الشَرح:

[1] الظاهر انّ المراد من ولايه القاضى نصبه الخاص للقضاء ومراده من الاستفاضه شهره خبرنصبه، بحيث يحصل منه الإطمئنان والوثوق وسكون النفس غالباً، ولو لم يكن فى بعض الموارد لبعض الجهات كذلک والثبوت بالشياع كذلک لا يختص بالولايه على القضاء، بل يثبت بالاستفاضه غيرها أيضاً مما جرت السيره حتى عند المتشرعه على الاعتماد عليها فيها من نسب الشخص، ككونه ابن فلان أو أخاً لفلان من غير فرق من جهه الأب أو الأم والملک المطلق ككون هذه الدار لزيد أو المزرعه لفلان، نعم خصوصيه الملک ككونه بالشراء أو المصالحه أو الهبه ونحوها لا تثبت بالشياع.

ومن الاستفاضه المعتبره، الشياع فى موت شخص أو نكاحه من فلانه، أو كون الملک وقفاً وكون العبد معتقاً ونحو ذلک مما قيل فى ضابطها كل مايعسر عليه اقامه البيّنه، والوجه فى تفسير الاستفاضه فى كلام الماتن بذلک أنّه لو كان المراد بالاستفاضه الشياع المفيد للعلم واليقين فعلاً لما يكون اعتباره مختصاً بالأمور المذكوره كما هو ظاهر المتن وغيره.

وفى مرسله يونس بن عبدالرحمان عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: سألته عن البيّنه إذا أُقيمت على الحق أيحلّ للقاضيأن يقتضى بقول البيّنه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه».(1)

1- (1) الوسائل: 18 الباب 22 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:213.

....

الشَرح:

وفی روایه الفقیه: الانساب بدل المواریث،(1) ولعل المراد منهما واحد، حیث إنّ المراد من المواریث موجب الارث، أی النسب والمراد بظاهر الحکم الشیاع الموجب للاطمئنان وسکون النفس غالباً، وإن لم یکن فی بعض الموارد لوجود مقتضی الشک کذلک.

ولعلّ المراد من ظاهر الحکم فی عداله الشهود وعدم السؤال عن باطنه، مع أنّ القاضی یفتش عن حال الشهود، ویسأل المدعی علیه عن الجارح لهم هو أنّه یکفی فی عداله الشخص احراز حسن ظاهره واحرازعدم القادح فی ذلک الحسن، ولایعتبر التفتیش والسؤال عن باطن أمره وفی بعض نسخ التهذیب الأخذ بظاهر الحال بدل ظاهر الحکم.

وذکر صاحب الجواهر قدس سره أنّ المراد منهما واحد لکون المراد بظاهر الحکم شیوع النسبه بین المحمول وموضوعه، وإنّ النسبه بینهما فیماکانت شائعه عندالناس، بحیث ینسبون الحکم إلی ذلک الموضوع کمایقال هذه الدار وقف، أو أنّ فلاناً ابن خالد یجوز الحکم بذلک الشیاع فی الأُمور المتقدمه، ویحتمل أن یکون المراد بظاهر الحکم فی الشهادات الأُمور المربوطه بالشهاده کعداله الشاهد وفسقه.

واستشهد لذلک بصحیحه حریز الوارده فی ذم أبی عبداللّه علیه السلام ابنه اسماعیل فی دفعه مالاً إلی من کان یرید السفر إلی الیمن لیشتری له بضاعه مع الشیاع عند الناس بأنّ المدفوع إلیه شارب الخمر و انّه لیس أهلاً للأمانه،(2) حیث إنّ الصحیحه ظاهره فی اعتبار الشیاع فی احراز فسق الشخص وحسن حاله فیکون العبره بنفس الشیاع

1- (1) الفقیه 3:9، الرقم :29.
2- (2) الوسائل: 13 الباب 6 من أبواب أحکام الودیعه، الحدیث 1:230.

....

الشَرح:

لابمايحصل منه من العلم أو الظن المتاخم أو مطلق الظن .بل يظهر من الصحيحه اعتبار الشياع فى كل أمر ولولم يكن من فسق شخص أو عدله أو الأُمور المتقدمه، لأنّ سياق الصحيحه وهو الأمر بتصديق المؤمنين به، واقتصارهم بالأُمور المتقدمه فى ذكر اعتبار الشياع ليس لعدم اعتباره فى غيرها مع حصوله، بل لأنّ تحقق الشياع فى غيرها أمر نادر، كيف وقد صرّحوا بثبوت رؤيه الهلال وغيرها بالشياع، وعلى ذلک فيجوز للقاضى الحكم فى الواقعه المرفوعه إليه بالشياع وظاهر الحكم عندالناس، ولا ينافى ذلک ما ورد فى أنّ القضاء يكون بالبيّنات دون غيرها وذلک فإنّ ما دلّ على عدم اعتبار غيرالبيّنه واليمين فى القضاء بالاطلاق فيرفع اليد عنه فى موارد الشياع لقيام الدليل على اعتباره.

ويحتمل أن يكون حصر القضاء بالبينات بملاحظه الغالب، حيث إنّ تحقق الشياع فى الحكم فى غالب الموضوعات أمر نادر، كما لو كان المراد من شياع الحكم أن يكون الناس على إذعان بالنسبه لا أن يكون الشياع فى خبر النسبه بأن اشتهر أنّه قيل أنّ زيداً شارب الخمر وخبر اسماعيل يشير إلى أنّ المراد هو شياع التصديق، فإنّ المناسب للأمر بتصديق المؤمنين التصديق بما هم فيه على تصديق واذعان؛ انتهى.

أقول: قد تقدم انّ الشياع الموجب للعلم ليس مورد المناقشه فى الاعتبار فإنّ العلم الوجدانى معتبر من أيسبب حصل، والكلام فى الشياع غير الموجب للعلم، فهل هو موضوع للاعتبار فى بعض الأمور كما هو ظاهر الماتن أو أنّه معتبر فى كل الأُمور كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر قدس سره ؟

والأظهر عدم اعتبار الشياع بنفسه فإنّ مرسله يونس مع ضعفها سنداًوعدم انطباق ما ورد فيها على الأُمور التى ذكرها الماتن وغيره لادلاله لها على اعتبارالشياع،

....

الشَرح:

فإنّه من المحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم فى الولايات المعامله مع المتصديلها معامله الولى الشرعى من جواز المعامله كماتقدم فى جواز شراء الخراج والمقاسمه والالتزام بطاعتهم طاعه الرعيه على ماكان فى ذلک الزمان لرعايه التقيه ولو مداراه، وفى النكاح والمواريث والذبائح اسلام الشخص باعترافه بالشهادتين، وفى الشهادات ماتقدم فى ثبوت عداله الشاهد.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال سألته عن الإيمان فقال: الإيمان ما كان فى القلب والإسلام ما كان عليه التناكح والمواريث وتحقن به الدماء، وامّا صحيحه حريز فلولم يكن فيها الاستشهاد بالآيه لكانت فى دعوى دلالتها على اعتبار الشياع فى ثبوت الشىء وجه، ولكن بملاحظته لاتكون لها دلاله على أزيد من الترغيب فى تصديق الناس تحفظاً على الواقع واحتياطاً فيه، لاتصديقهم فى ثبوته حتى بالاضافه إلى أثر يكون ترتيبه على خلاف الاحتياط، كما هو المراد من ثبوت الشىء واعتبار الأماره.

وبتعبير آخر: ليس المدعى أنّ المراد من الإيمان للمؤمنين خصوص تصديق الناس فيما ينفعهم ولا يضرّهم المعبّر عنه بالتصديق الأخلاقى بأن لاينسب الكذب إليهم، كما فى مورد نزول الآيه حيث صدّق النبىّ الأكرم صلى الله عليه و آله وسلم النمّام على انكاره نميمته مع تصديقه اللّه سبحانه فيما أوحى إليه فى أمر النمام فإنّ اراده خصوصه ينافى مورد الصحيحه، حيث إنّ موردها ترتيب أثر شارب الخمر على من يذكره الناس بشرب الخمر، فالجمع بين الصحيحه وما ورد فى مورد الآيه هو أنّ المراد من تصديق المؤمنين التحفّظ فى مورد أخبارهم على الأخلاق والواقع وإنّ هذا من المرغوبات الشرعيه.

والملک المطلق والموت والنکاح والوقف والعتق، ولو لم یستفض إمّا لبعد موضع ولایته عن موضع عقد القضاء له أو لغیره من الأسباب، أشهد الإمام أو من نصبه الإمام علی ولایته شاهدین بصوره ما عهد إلیه[1] وسیّر هما معه لیشهدا له بالولایه، ولا یجب علی أهل الولایه قبول دعواه مع عدم البینه وإن شهدت له الأمارات، ما لم یحصل الیقین.

الشَرح:

والمتحصّل أنّه لا اطلاق فی البین یقتضی اعتبار مجرّد الشیاع فی ثبوت کل شیء ما لم یوجب العلم أوالوثوق والإطمئنان لایکون موجباً للحکم والقضاء فی المرافعات وموجبات الحدود أخذاً بما دلّ علی اعتبار البیّنه فی مدرک القضاء وما ورد فی بعض الموارد أو قامت السیره علی اعتبار الشیاع فیها حتی ولو لم یکن مفیداً للوثوق والاطمئنان کشیوع نسب شخص وثبوت حسن الظاهر له الکاشف عن عدالته، ولکن لم یظهر وجه لکون نصب القاضی منها سواء کان المراد النصب الخاص أم ما هو الدخیل فی النصب العام من اجتهاده وفقاهته.

[1] ذکر قدس سره أنّه لو لم یکن نصبه مستفیضاً لبعد موضع تولّیه القضاء عن موضع عقد القضاء له، یعنی النصب، أو الجهه أُخری أشهد الإمام أو من بیده أمر نصبه باطلاقه أو تقییده والاشتراط فیه بشاهدین ویرسلهما معه إلی موضع تولّیه لیشهدا له بالنصب، ولا عبره فی ثبوت النصب بغیر شهاده العدلین من سائر الأمارات الظنّیه، حیث لم یثبت اعتبار غیر شهادتهما.

وذکر فی الجواهر أنّ هذا بناءً علی عدم الحاجه فی اعتبار البیّنه إلی حکم الحاکم علی طبقها، وأمّا بناءً علی اعتبار الحکم فیحتاج ثبوت ولایته علی حکم الحاکم سواء أکان حاکم بلد آخر أم الحاکم الذی فی ذلک الموضع فیما إذا کان عزله معلقاً علی أن تثبت ولایه القاضی المرسل.

أقول: الظاهر عدم الحاجه فی اعتبار البیّنه إلی حکم الحاکم فی غیر الحقوق

جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد

السابعه: يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد[1] لكل منهما جهه على انفراده وهل يجوز التشريک بينهما فى الولايه الواحده؟ قيل بالمنع حسماً لماده اختلاف الغريمين فى الاختيار، والوجه الجواز لأنّ القضاء نيابه تتبع اختيار المنوب.

الشَرح:

المحتاجه إلى المرافعه وغير الحدود، لما ذكر على اعتبارها من الدليل، نعم عزل القاضى معلقاً على حدوث امر معين كتعليق نصبه صحيح، فإنّ العزل والنصب يتبعان نظر ولى المسلمين نصب القاضى فى البلد بالاضافه إلى الواقعه المرفوعه إليها، معلقاً على ما إذا كان حكمه فى الواقعه موافقاً مع سائر القضاء فى سائر البلاد بحسب كلى تلک الواقعه، وهذا علاج لتشتت القضاء فى الوقائع التى تتحد فى نوعها فى الحكم؛ حفظاً لنظام القضاء فيها.

[1] ذكر قدس سره أنّه يجوز لولى المسلمين نصب قاضيين فى بلد واحد فيما كان نصب كل منهما فى جهه غير ما ينصب الآخر لتلک الجهه، بأنّ نصب أحدهما للقضاء فى الحقوق الماليه والآخر فى الدماء والفروج، وأمّا فيما كان نصبهما فى الجهه الواحده على الاستقلال أو أن يقضى كل منهما فى كل الجهات والقضايا على نحو الاستقلال. كما هو الحال فى النصب العام، فقيل بعدم الجواز؛ لأنّ مع النصب كذلک يمكن أن يختار أحد المترافعين غير ما يحتاره الآخر، فيكون منشأً للنزاع والاختلاف، ولكن الوجه الجواز؛ لأنّ كلاًّ من القاضيين ينوب عن ولى المسلمين فى القضاء، والنيابه تتبع اختيار المنوب عنه، نظير توكيل المالک اثنين فى بيع ما له بحيث يكون لكلٍ منهما بيعه.

وذكر فى الجواهر فى ذيل ذلک أنّ مع تنازعهما فى اختيار القاضى يقدم من سبق إليه أحد المتخاصمين، ومع التقارن يرجعان فى التعيين إلى القرعه، وذكر أيضاً جواز نصب المتعدد وجواز نصب المتعدد أيضاً للقضاء فى الوقائع بنحو الاشتراک والاجتماع، كما قوّاه العلاّمه وولده، ولكن منع عنه بعضهم لعدم الدليل على التشريک

....

الشَرح:

حتى فى الوكاله وسائر الولايات. ويمكن أن يقال ان التشريک فى الوصايه والوكاله هو عدم نفوذ تصرّف أحدهما بدون رضا الآخر لا أن يكون لكل منهما نصف الولايه أو الوكاله، ففى المقام أيضاً يمكن التشريک فى الحكم بهذا المعنى، لا أن يكون كل من القاضيين بمنزله نصف القاضى، ويترتب على التشريک بمعنى عدم النفوذ بدون رضى الآخر انّه لو مات أحد الوصيين يكون تصرّف الآخر نافذاً، ولا يحتاج الى ضم الحاكم شخصاً آخر مكان الميت بناءً على أنّ المراد من التشريک شرط رضى الآخر مع امكانه.

ثمّ أشار قدس سره إلى ما قد يقال فى المقام من أنّه كيف لا يجوز التشريک بمعنى اعطاء الولايه لاثنين مجتمعين. مع أنّه قد وقع مثل هذا التشريک فى الولايه العامّه التى هى فوق الولايات، كما فى قضيه موسى وهارون على نبيناوآله وعليهما الصلاه والسلام ، وأجاب بأنّ منصب النبوه كان لموسى والمراد من تشريک هارون اعطاء المنصب له، ولذا أفرد التصريح بهذا المنصب له فى بعض الآيات، وعلى ما تقدم فإن اختلفا فى الحكم وقف الحكم وإلاّ نفذا؛ انتهى.

أقول: لو توقف نفوذ الحكم على النصب الخاص فيمكن كون نصب كلّ من الاثنين أو الأكثر بنحو الاطلاق والاستقلال، كما يمكن كونه على تقدير و على نحو الاشتراک فى اصدار الحكم أو يوافق كل منهما على نظر الآخر قبل اصدار أحدهما الحكم.

وأمّا بالنظر إلى النصب العام فلا ينبغى التأمّل فى أن مقتضى ما تقدم نفوذ القضاء ممّن ترافعا عنده، وكان الأوصاف المعتبره المتقدمه سواء تعدد من على الأوصاف فى البلد أم لا، والعمده أن مع تعدد القاضى ونفوذ الحكم من كل منهم فهل يكون اختيار القاضى للمدّعى أو من سبق إليه أحد المتخاصمين يتعين قضائه أو يرجع إلى القرعه إلاّ إذا اتّفقا بواحد؟

....

الشَرح:

ذكر فى المستند أنّه إذا كان هناک مجتهدان وأكثر، بحيث يجوز الرجوع إلى كل منهما أو منهم فمن اختاره المدّعى للمرافعه إليه يكون له القضاء فى الواقعه، ويجب على خصمه الاجابه لذلک القاضى، وعلى ذلک الاجماع و لأن المدّعى هو المطالب بالحق ولا حق للمنكر ابتداءً.

وأجاب عن ذلک فى ملحقات العروه بأن للمنكر أيضاً حق الجواب كما أنّ له أن يسبق إلى حاكم فيطلب منه تخليصه عن دعوى المدّعى، ومقتضى القاعده مع عدم أعلميه أحد الحاكمين القرعه، إلاّ إذا ثبت الاجماع على تقديم مختار المدعى، وذكر فى العروه أنّ اختيار الحاكم بيد المدّعى إلاّ إذا كان مختار الآخر أعلم، بل الأحوط الرجوع إلى الأعلم مطلقاً.

أقول: ليس فى البين مايدل على ثبوت حقّ للمنكر قبل رجوع المدعى إلى قاض والمطالبه بحقّه بطرح دعواه وكذا بعد رجوعه إليه، وما ذكر من انّ للمنكر حق الجواب، فإن أُريد لزوم الجواب بالاقرار أو بالانكار أو بغيرهما فهذا ليس حقاً له بل حكم يترتب على رجوع المدعى إلى القاضى وطرح دعواه عنده و مطالبه القاضى الخصم بالجواب عن دعوى المدعى.

وأمّا الحق فى تخليص نفسه عن دعوى المدّعى فلانعرف له مدركاً، فإنّ المسقط لدعوى المدعى حلف المنكر وما دام لم يطالب المدعى القاضى بالحكم لايكون للقاضى تحليفه أو للمنكر التبرع بالحلف، بمعنى أنّه لو حلف كذلک لايسقط حق الدعوى، كما يأتى على مايقال.

نعم هذا إذا كان المدعى مطالباً بالحقّ عن خصمه، وأمّا إذا كانت دعواه سقوط حقّ كان لخصمه سابقاً فلا يبعد أن يكون لخصمه المنكر لسقوط حقه طرح المطالبه بحقه

....

الشَرح:

عند قاض، فيلزم على مدعى السقوط الحضور واثبات دعوى السقوط.

وبالجمله: مقتضى مطالبه المنكر للسقوط بحقه احضار المدعى عند أى قاضٍ راجع إليه لاستيفاء حقّه، لكن هذا لا ينافى تعين اختيار مدعى السقوط.

والمتحصل: أنّه إذا كان القضاء فى موارد الاختلاف فى الموضوعات الخارجيه فاختيار القاضى بيد المدّعى سواء أكان مختاره أعلم أم لا، فإنّ مقتضى اطلاق دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار كون القاضيأعلم، كماتقدم فى التكلم فى معتبره سالم بن مكرم ومقبوله عمر بن حنظله بناءً على عدم انصرافهما إلى قاضى التحكيم. وبما أنّ للمدّعى اثبات دعواه بأىّ طريق شرعى ولا يطالب منه خصوص طريق كما هو الحال فى كل من يتصدى لاثبات أمر فله اثبات دعواه ولو بقضاء من لايوافق عليه خصمه.

وهذا فيما إذا كانت دعوى المدعى ثبوت الحق، أمّا إذا كانت دعواه السقوط فاختيار القاضى أيضاً بيد المدعى للسقوط لما تقدم، ولا ينافيه جواز مراجعه المنكر إلى قاض لاستيفاء حقه فيما إذا ترک المدعى المرافعه إلى قاض، هذا كلّه فى الاختلاف فى الموضوعات الخارجيه.

أمّا إذا كان اختلافهما فى الحكم الكلّى للواقعه فيجرى أيضاً ما ذكر فى الاختلاف فى الموضوعات، فيما إذا توقف إنهاء المخاصمه على القضاء، كما إذا كانت المنازعه بين مجتهدين مختلفين فى الرأى او بين مقلديهما، ولايبعد تقييد مختار المدعى فى الفرض، بما إذا كان أعلم، وأمّا إذا لم يتوقف إنهاؤها على القضاء فالمتعين الرجوع إلى الفتوى مطلقاً أو فتوى الأعلم، فيما إذا علم اختلاف القضاه فى الفتوى ولو بنحو الاجمال، على ما هو المقرر فى بحث لزوم التقليد على العامى.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من كون تعيين القاضى بيد المدعى لا ينافى رضاه بمن يعيّنه

....

الشَرح:

خصمه أو رضاهما بحاكمين بأن يكونا ناظرين فى أمرهما، وحينئذ مع اختلافهما فى الحكم يكون المتبع قضاء الأعلم، كما يشهد لذلک موثقه داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين اتّفقا على عدلين جعلاهما فى حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيّهما يمضى الحكم؟ قال: ينظر إلى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت إلى الآخر».(1)

ولا يخفى أنّه لو امكن فى موارد التداعى رفع الاختلاف بتقليد صحيح و هوالتقليد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، وأمّا مع عدمه فان اتّفقا على قضاء واحد فهو، ومع عدم اتّفقهما يتعيّن الرجوع فى تعيين القاضى إلى القرعه من غير خلاف يعرف، بلافرق بين الاختلاف فى الموضوع أو الحكم.

ويشهد لذلک بعض الروايات الوارده فى القرعه، فإنّها على ماقيل تعم ما إذا لم يمكن تعيين الحق أو لم يمكن العمل بالحقوق لتزاحمها فى مقام العمل، ففيما ادعى الولد الأكبر عيناً بأنّها حبوه كالراحله لأبيهم وادعاها سائر الورثه ارثاً، أو ادعى من زوج الأب بنته الباكره منه زوجيتها وادعاها أيضاً من زوج البنت نفسها منه فإن أمكن رفع الخلاف بالتقليد الصحيح وهو التقليد ممن تسالموا على كونه أعلم فهو، وأمّا مع عدم امكانه كما إذا كان كل من الولد الأكبر وسائر الورثه مجتهداً أو مقلداً لمن يرى الحكم على طبق ما يدّعيه فإن لم يرضوا بقضاء ثالث معيّن يرجع فى تعيين القاضيإلى القرعه، بلافرق بين كون الراحله بيد الولد الأكبر أو سائر الورثه، وبلافرق بين كون الزوجه تحت يد أحد الزوجين أم لا.

1- (1) الوسائل: 18 الباب 9 من أبواب صفات القاضى، الحديث 20:80.

الثامنه: إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل[1] وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون أو الفسق ولوحكم لم ينفذ حكمه، وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه لا، لأنّ ولايته استقرت شرعاً فلاتزول تشهيّاً، أما لو رأى الإمام أو النائب عزله، لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظراً، فإنّه جائز مراعاةً للمصلحه.

الشَرح:

وما عن المستند من التفصيل بأنّ مع كون أحدهما ذا اليد يكون مختار الآخر مقدماً لانّ الآخر هو المدعى وكذا يقدّم تعيين من لاتكون المرأه تحت يده لايمكن المساعده عليه، فإنّه لا أثر لليد ولا إعتبار بها فى الشبهات الحكميه وتعيين صاحبها منكراً من أثار اعتبارها، وإنّما تعتبر فى موارد الاختلاف فى الموضوعات سواء أكان الخلاف فى موجب اليد أم فى مزيل حكمها.

[1] ذكر قدس سره انعزال القاضى بمعنى انحلال نصبه للقضاء بحدوث مايمنع عن انعقاد منصب القضاء، كما إذا زالت عنه بعض الأوصاف المعتبره فى القاضى، وإن لم يؤخذ الشاهد على عزله كحدوث جنون أو فسق فإن نصبه مادام كونه على الأوصاف كما هو مقتضى اعتبارها ابتداءً واستدامةً، وعلى ذلک فإن قضى بعد حدوث مايوجب انعزاله لاينفذ حكمه، حتى وإن لم يعزله الإمام ولو لعدم اطلاعه بحاله.

نعم الانعزال وإن كان تابعاً لزوال الوصف واقعاً، ولكن مادام لم يحرز الزوال بوجه معتبر يعتبر حكمه للاستصحاب فى ناحيه بقاء الوصف، وهذا من الحكم الظاهرى فى الشبهه الموضوعيه فلا ينافى عدم النفوذ الواقعى.

كما أنّ الكلام فى أنّ عزل القاضى يكون بوصول خبر العزل إليه أو بحدوث انشائه، وإن لم يبلغه خبره لا يجرى فى فرض فقد الوصف، لما تقدم من أنّ مقتضى اعتبار الوصف فى القاضى ابتداءً واستدامةً عدم الاعتبار بقضائه بعد فقد الوصف.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ عود الوصف الزائل لا يفيد فى المقام بلافرق بين

التاسعه إذا مات الإمام، قال الشيخ رحمه الله : الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاه أجمع، و قال فى المبسوط: لا ينعزلون [1] لأنّ ولايتهم تثبت شرعاً فلا تزول بموته عليه السلام والأوّل أشبه، ولومات القاضى الأصلى لم ينعزل النائب عنه لأوّل الاستنابه مشروطه باذن الإمام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الإمام عليه السلام فلاينعزل بموت الواسطه والقول بانعزاله أشبه.

الشَرح:

عوده سريعاً أو غير سريع وانّه ربّما يفرق بينهما فلا يبطل النصب فى الأوّل دون الثانى.

أقول: لايبعد أن يكون مقتضى النصب الخاص اعطاء الولايه للقضاء فى زمان كان فى ذلک الزمان على الأوصاف فبعود الوصف المفقود يكون له ولايه القضاء، كما هو الحال فى النصب العام.

وبالجمله: لايكون له ولايه القضاء زمان فقد الوصف خاصه.

[1] ذكر قدس سره : انّه إذا مات الإمام ينعزل القضاه بموته عند الشيخ قدس سره قائلاً بأنّ انعزالهم مقتضى مذهبنا، ووجّهه فى الجواهر بأنّ ولايه القضاه فرع ولايه الإمام عليه السلام التى انقضت بوفاته، وقال فى المبسوط بعدم انعزالهم لأنّ ولايه القضاء تثبت لهم بتوليته عليه السلام ، والأصل بقاؤها، ولأنّ فى الانعزال ضرراً عظيماً لخلوّ البلاد من القضاه إلى أن يتجدّد النصب من الإمام اللاحق.

وذكر فى المسالک أنّه يبطل النصب العام أيضاً لأنّ الإمام الصادر عنه هذا النصب بقوله جعلته حاكماً أو قاضياً قد مات، إلاّ أنّ الأصحاب متفقون على استمرار النصب العام فى زمان الغيبه، وأنّه ليس من قبيل النصب الخاص، بل من قبيل بيان الحكم الكلّى واعلامه كبيان قبول شهاده العدل وكون اليد أماره الملک، وغير ذلک من الأحكام الكليه.

أقول: اخبار الإمام عليه السلام بالكبرى الشرعيه غير اعطاء الولايه بخلاف نصب

ص :55

....

الشَرح:

القاضى للرعيه عاماً أو خاصّاً فلا يقاس الثانى بالأوّل، ولو قيل بأنّ النصب الخاص أيضاً، وذلک فإنّ اعطاء الولايه واعتبارها غير الوكاله فى القضاء، فإنّه لايكون تصرّف الوكيل نافذاً بعد موت الموكّل، حيث إنّ الوكاله أخذ الغير نائباً فى الفعل القابل للاستناد إلى الشخص ولو بالتسبيب فهذه النيابه تعتبر مادام الموكّل حياً، وتنقضى بموته بخلاف اعطاء الولايه وجعل المنصب للغير كجعل القيم للصغار والمتولى للوقف فمع اعتبار النصب تتم الولايه للمنصوب.

ولو قيل بأنّ نصب شخص قاضياً من قبيل الاستنابه فى القضاء، كما هو مقتضى ما ذكرنا عن صاحب الجواهر قدس سره جرى مثلها فى النصب العام أيضاً، حيث إنّه عن الإمام السابق، إلاّ أن يدعى امضائه عن الإمام اللاحق وحتى عن إمام العصر عجّل اللّه تعالى فرجه الشريف بعد وقوعه عن آبائه بنحو الوكاله الفضوليه والإلتزام بالفضوليه واثبات الإمضاء كما ترى، وإن يقال بمثله فى مسأله تحليل الخمس، أو يدعى انّ الإمام عليه السلام لا تنقضى ولايته بموته بل ولايته ثابته حيّاً أو ميّتاً، وعلى ذلک يلزم بقاء النصب الخاصّ أيضاً والالتزام باختلاف أحكام الوكاله بين كون الموكّل هو الإمام عليه السلام أو غيره أيضاً كما ترى.

وبالجمله: نصب القاضى خصوصاً أو عموماً من قبيل اعطاء المنصب واعتبار الولايه فلا تنقضى بموت الإمام عليه السلام ، نعم فى مثل نصب الفقيه القيّم للصغار أو المتولى للأوقاف ونحو ذلک كلام وهو أنّ للفقيه الولايه على النصب أو إنّه ليس له إلاّ التوكيل والاستنابه ولو كان من قبيل التوكيل ينتهى بموت الفقيه، بخلاف ما إذا كان له اعطاء المنصب فانّ المنصب المعطى يبقى ما دام المنصوب.

وقد ذكرنا فى بحث ولايه الفقيه أنّ تصديه للأوقاف التى لا متولى لها ولأموال

العاشره: إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاةً للمصلحه فى نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاه فى زمان على عليه السلام ، وربّمامُنِع من ذلک فإنّه عليه السلام لم يكن يفوّض إلى من يستقضيه ولايرتضيه بل يشاركه فيماينفذه فيكون هو عليه السلام الحاكم فى الواقعه لا المنصوب.

الحاديه عشره: كل من لاتقبل شهادته لا ينفذ حكمه [1] كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله كما تجوز شهادته.

الشَرح:

الأيتام التى لاقيّم لهم داخل فى الأُمور الحسبيّه التى يكون الأصل فيها عدم جواز التصرّف الفقيه فيها بالمباشره أو بالاستنابه من باب الأخذ بالقدر المتيقن من الجواز، وأمّا ولايته على النصب فاقامه الدليل عليه مشكل، إلاّ أن يدعى أنّ مجرّد التوكيل فى مثل تلک الأُمور غير كافٍ للزوم توقف التصدّى وتعطيل الأموال بموت المجتهد إلى أن يحصل الإذن من مجتهد آخر، أو أنّ النصب المزبور ونحوه من شؤون القاضى، كما يظهر من بعض الروايات، وقد أعطى منصب القضاء للفقيه العادل على ماتقدم.

[1] ذكر قدس سره أنّه لاينفذ قضاء القاضى فيما كان قضاؤه على من لا تقبل شهاده عليه، كقضائه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضائه على والده حيث لا تقبل شهاده الولد على والده وكشهاده العبد على مولاه وشهاده أحد على آخر بينهما خصومه أى عداوه، بحيث لاتوجب تلک العداوه فسق الشاهد، وإلاّ يكون عدم القبول لفسق الشاهد، فإنّ القاضى إذا كان ممّن لا تقبل شهادته على الآخر فلا ينفذ قضاؤه عليه أيضاً ولو مع كونه بشرائط القاضى وأوصافه، وهذا بخلاف شهاده الولد لوالده، أو شهاده الوالد على ولده أو لولده، وشهاده الأخ على أخيه؛ فإنّ الشهاده كذلک نافذه فيما كان الشاهد عدلاً ولذلک يكون قضاؤه أيضاً نافذاً مع كونه بشرائط القضاء وأوصاف القاضى، والوجه فى ذلک

....

الشَرح:

يعنى عدم نفوذ القضاء فيما ذكر ما قيل من أنّ القضاء شهاده وزياده وإذا لم تجز الشهاده فلا يجوز القضاء أيضاً.

ولكن لايخفى ما فيه، فإنّ اصل الحكم يعنى عدم قبول شهاده الولد على والده غيرثابت وإن نسب ذلک إلى الأشهر بل إلى المشهور؛ لأنّ المستند فيه هو مرسله الفقيه(1) وللارسال ومعارضتها بخبرى على بن سويد(2) و داود بن الحصين(3) غير صالحه للاعتماد عليها، فيؤخذ باطلاق ما دلّ على ثبوت الحق بشهاده العدلين ويمين المدّعى ونحو ذلک.

وأمّا الأخذ بعموم قوله سبحانه: «يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ»(4) كما ذكر فى الجواهر وغيرها لايمكن المساعده عليه، فإنّه كماتقدم، حيث إنّ الأمر باقامه الشهاده لايدلّ على نفوذها ولزوم قبولها مطلقاً.

لا يقال كيف تجوزشهاده الولد على والده مع حرمه العقوق وظاهر قوله سبحانه «وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً»،(5) مع أنّها اظهار لكذب الوالد وايذائه فلا يكون معروفاً بل عقوقاً.

فإنّه يقال: اظهار الحق وردّ الوالد عن باطله وتخليصه عمّا عليه من حق الغير معروف إليه ولو صحّ ما ذكر لكان مقتضاه حرمه شهاده الولد على والدته ولاتنفذ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 26من أبواب الشهادات، الحديث 6:271.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 3 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 229.
3- (3) المصدر نفسه: الباب 4 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 230.
4- (4) النساء: 135.
5- (5) لقمان: 15.

....

الشَرح:

شهادته لكونه بتلك الشهاده محكوماً عليه بالفسق، وعموم قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ» ينفي تلك الحرمه، وإلاّ لماكان فرق بين الشهاده على الوالد والشهاده على الأُم، وماقيل من جواز شهاده الولد على والده بعد موته مبنى على دعوى العقوق، ثمّ على تقدير قبول الأصل فكون القضاء داخلاً فى الشهاده بأن يكون القضاء شهاده وزياده ممنوع، فإنّ القضاء أخذ بشهاده الغير لاقامه لها، نعم لو تم أمر العقوق والمصاحبه بالمعروف لماكان فرق بين اداء الشهاده والقضاء.

ومن جمله من لا تقبل شهادته من يجرّبشهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غرامه عن نفسه، ولذا قالوا انّ القاضيإذا كان داخلاً فى الأطراف فى المخاصمه سواء كان مدعياً أم منكراً أو كان المدعيأو المنكر متعدداً أحدهم القاضى فلاينفذ حكمه فى تلك الواقعه ولو مع تراضى الأطراف.

ويستدل على ذلك بوجهين :

الأوّل: عدم قبول شهاده من يجرّ بشهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غرماً عنه، والقضاء شهاده وزياده، وفى معتبره أبان قال: «سئل أبوعبداللّه عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلاّ فى شىء له فيه نصيب»(1)ونحوها غيرها.

وفى موثقه سماعه قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود؟ قال: المريب والخصم والشريک و دافع مغرم... الحديث».(2)

ولكن هذا الوجه غير تام لما تقدم من أنّ القضاء غيرالشهاده فلا يجرى على

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب الشهادات، الحديث 3:272.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 32من أبواب الشهادات، الحديث 3:278.

....

الشَرح:

الأوّل الحكم الثابت فى الثانى، مع أنّ مقتضى الوجه المزبور أن لا ينفذ حكمه فى تلك الواقعه، فيما إذا كان فى الحكم الصادر جرّ نفع إلى نفسه أو دفع مغرم عنه، أمّا إذا كان فى قضائه الحكم على نفسه فيكون نافذاً مع أنّ ظاهرهم عدم نفوذ حكمه فى تلك الواقعه مطلقاً وحتى مع تراضى الأطراف.

كما هو مقتضى الوجه الثانى، وهو أنّ الظاهر من معتبره سالم بن مكرم ومقبوله عمربن حنظله وغيرهما ممّا ورد الأمر بالرجوع إلى رجل يعلم من قضاياهم أو من يروى حديثهم وينظر فى حلالهم وحرامهم توجه الأمر إلى أطراف المخاصمه، وإذا كان القاضى من أطرافها يكون مكلفاً كسائر أطرافها بالرجوع إلى من يكون حاكماً وقاضياً.

وهذا نظير مايذكر فى باب الزكاه من أنّ الأمر بدفعها والإتيان بها ظاهر الدفع إلى الغير، فلا يجوز لمالک النصاب تملک الزكاه لنفسه مع فقره، وهذا الوجه لابأس به، ولذا لا يبعد الالتزام بعدم نفوذ القضاء حتى فيما إذا وكّل القاضى الغير فى المرافعه إليه مع الطرف الآخر، أو كان النزاع بين وكيله والطرف الآخر فى مال أنّه ملک موكلّه أو للطرف الآخر، وكذا فيما كان النزاع فى مال بأنّه للمولى عليه للقاضيأو لشخص آخر كما إذا كان القاضى وصيّاً أو قيّماً للأطفال بالايصاء إليه أو بجعل القيمومه من الميت؛ فإنّ القاضى المزبور فى الواقعه طرف المخاصمه.

وذكر فى ملحقات العروه انّ الولايه الخاصه لا تمنع القضاء كالولايه العامّه، فيما إذا وكّل القاضى الغير فى المرافعه إليه مع الطرف الآخر، نعم إذا لم يكن القاضى داخلاً فيأطراف النزاع بحسب صورته، كما إذا نذر أحد المال للقاضيأو وقف عليه، ثم وقع النزاع بين الناذر أو الواقف وبين الغير فى المال المنذور أو الوقف، فلا اشكال فى

....

الشَرح:

قضاء القاضى بالمنذور له الموقوف عليه حيث إنّ الخطاب بالرجوع إلى من ينظر فى واقعتهم لا يتوجه إلى القاضى المزبور.

ويظهر من المستند أنّ القاضى لا ينفذ حكمه فيما كان هو أو وكيله طرفاً فى النزاع ولو فى الوقائع التى يتصرف فيها القاضى بالولايه العامّه بأن كان المتصدى للواقعه التى وقعت المخاصمه فيها هو القاضى أو وكيله، وأمّا إذا كان المتصدى لها شخص آخر نصبه القاضى المزبور قيّماً أو متولياً أو نصبه كذلک حاكم آخر فلابأس بتصدّيه للقضاء فيها؛ لأنّ القاضى فى فرض تصدّيه بالمباشره أو بالتوكيل طرف النزاع، بخلاف ما إذا كان طرف النزاع القيّم أو المتولّى المنصوب من قبله أو من قبل حاكم آخر فلا يتعلّق نزاعهما بالقاضى.

ويمكن تأييد ذلک بما ورد فى درع طلحه، فإنّه إمّا كان راجعاً إلى بيت المال أو إلى ورثه طلحه، وباعتبار غيابهم عن المال كان المتصدى لأمره على عليه السلام بالولايه العامّه، وقد جعل عليه السلام بينه وبين من كان بيده درعه شريح.

أقول: لا يخفى أنّ التأييد فى غير محلّه فإنّ جعل القاضى فى الواقعه كان تلبيه لسؤال عبداللّه بن قفل فلا يدلّ على عدم نفوذ قضائه عليه السلام فيما لو كان متصدياً للقضاء، بل ظاهر أمره عليه السلام بعد بيان خطأ شريح بأخذ الدرع هو نفود حكمه عليه السلام .(1)

والحاصل: أنّ دعوى الانصراف فى روايات نصب القاضى و انّ أطراف المخاصمه مكلّفون بالرجوع إلى شخص آخر ليقضى بينهم بالاضافه إلى موارد الولايه العامّه غير محرز وإن كان رعايه ما ذكر مطابقاً للاحتياط فى بعض الموارد.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6:194.

ص :62

النظر الثانى:

ص :63

ص :64

النظر الثانی:

فی الآداب.

وهی قسمان: مستحبه و مکروهه.[1]

فالمستحبه: أن یطلب من أهل ولایته من یسأله عمّا یحتاج إلیه فی أُمور بلده، وأن یسکن عند وصوله فی وسط البلد لترد الخصوم علیه وروداً متساویاً، وأن ینادی بقدومه إن

الشَرح:

[1] الآداب المذکوره فی المقام علی نحوین، منها ما تکون رعایتها علی من یکون منصوباً للقضاء بالنصب الخاص کالأخذ من الحاکم المعزول تسجیلات حجج الناس و ودائعهم، ومنها ما یکون رعایتها حتی لمن قضاؤه بالنصب العام کاتّخاذ وسط البلد مسکناً لیسهل لجمیع أهل البلد الوصول إلیه.

ثمّ إنّ من یقضی بین الناس إمّا أن یتخذ القضاء شأناً وشغلاً لنفسه وإمّا أن یتفق له القضاء من غیر أن یتخذه شأناً و شغلاً، والأُمور المرغوبه إلیها قد تتعلّق بالأوّل کالسکن فی وسط البلد والقضاء فی موضع بارز وقد تعمّ کلیهما کالتسویه بین الخصمین، وربّمایذکر الأمور المتعلّقه بما یعمّهما فی کیفیه الحکم وآداب القضاء، وقد لایلاحظ ذلک و یذکر ما یعمّهما فی آداب القاضی کما یقال یستحب أن یطلب حضور بعض أهل العلم قضائه مع أنّ ذلک من آداب القضاء.

وکیف ما کان فقد ذکر الماتن قدس سره استحباب أُمور للمتصدی للقضاء، بعضها راجعه إلی شؤون القاضی المنصوب بالنصب الخاص من غیر أن یدخل فی القضاء کما فی النظر إلی أمر المحبوسین وأولیاء القصر والنظر فی اللقط، وبعضها داخله فی شوؤن القضاء کالجلوس مستدبر القبله أو مستقبلها، ولکن لا یتیسّر اتمام کلّ ما ذکر بالدلیل،

كان البلد واسعاً لاينتشر خبره فيه إلاّ بالنداء، وأن يجلس للقضاء فى موضوع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول إليه، وأن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول[1] من حجج الناس و ودائعهم لأنّ نظر الأوّل سقط بولايته، ولو حكم فى المسجد، صلّى عند دخوله تحيه المسجد، ثمّ يجلس مستدبر القبله، ليكون وجوه الخصوم إليها، وقيل: يستقبل القبله لقوله صلى الله عليه و آله : «خير المجالس ما استقبل به القبله» والأوّل أظهر.

الشَرح:

مع أنّ الحكم الاستحبابى و غير الالزامى كالالزامى يحتاج إلى مستند معتبر؛ لما ذكرنا فى بحث الأصول من أنّ قاعده التسامح فى أدلّه السنن لا أساس لها؛ فإنّ الروايات الوارده فى الثواب على عمل بلغ فيه الثواب لا تدل على أزيد من اعطاء الثواب البالغ لمن أتى بذلک العمل على طبق البلوغ، فإن كان الخبر البالغ معتبراً يكون الاتيان به بنحو الجزم وإن كان غير معتبر يؤتى به رجاءً أو بعنوان الاحتياط، وأنّها لاتعم غير موارد بلوغ الخبر.

نعم يمكن أن يدخل بعض ما ذكر فى المقام فى بعض العناوين المرغوبه إليها شرعاً فإنّ اتّخاذ القاضى فى وسط البلد مسكناً وجلوسه للقضاء فى موضع بارز يسهّل للناس الوصول إليه، فيدخل فى عنوان السعى فى حوائج الناس ودفع اضطرارهم فيكون مستحباً بهذا العنوان، كما أنّ حضور بعض أهل العلم مجلس القضاء وشهودهم الحكم فيه نوع تحفظ على الواقع واحتياط فى حقوق الناس وأموالهم، فيكون مستحباً بما دلّ على حسن الاحتياط فى الدين أو حقوق الناس.

[1] ظاهر كلامه قدس سره انّ القاضى المنصوب يبدأ بأخذ ما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم، ثمّ ينظر فى حال المحبوسين ويفتّش عن موجب حبسهم، و ينادى بهم فى البلد طلباً لخصومهم ثم ينظر فى حال أوصياء الأيتام ويلاحظ تصرّفاتهم و موجب وصايتهم وأمر انقراض ولايتهم، ثمّ ينظر فى أُمناء الحاكم

ثمّ يسأل عن أهل السجون، ويثبت أسماءهم، وينادى فى البلد بذلک ليحضرالخصوم، ويجعل لذلک وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد، ويسأله عن موجب حبسه، وعَرَضَ قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، وإلاّ أشاع حاله، بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

وكذا لو أحضر محبوساً فقال: لاخصم لى، فإنّه ينادى فى البلد فإن لم يظهر له خصم أطلقه، وقيل: يحلّفه مع ذلک.

ثمّ يسأل عن الأوصياء على ألايتام، ويعتمد معهم مايجب من تضمين، أو إنقاذ أو إسقاط ولايه، إمّا لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه، أو ضمِّ مشاركٍ إن ظهر من الوصى عجز.

ثمّ ينظر فى أُمناء الحاكم، الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعه أومال محجور عليه، فيعزل الخائن ويُسعد الضعيف بمشاركٍ، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

الشَرح:

الحافظين لأموال الأيتام وسائر القاصرين من الناس ثمّ ينظر فى الضوال واللقط الموجوده بيد أُمناء الحاكم.

ولكن لم يتضحّ وجه صحيح لما ذكر من الترتيب فإنّ النظر فيما ذكر حفظاً للنظام والحقوق واجب على الوالى أو القاضى على حسب العهد المرسوم لهما من ولىّ الأمر، فإن تمكن القاضى المنصوب لجميع ذلک من النظر فيها ولو بمعونه أُمنائه و وكلائه فى زمان واحد فهو وإلاّ يبدأ بالنظر فيما كان النظر إليه أهم، فلو علم أنّ بين المحبوسين مظلوماً ودفع الظلم عنه أهم لحفظ النظام يكون تقديمه متعيناً، خصوصاً فيما كان الأخذ بما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم غير مهمّ عنده لعدم الخوف من تأخيره.

ثمّ ينظر فى الضوال واللقط، فيبيع مايخشى تلفه، وماتستوعب نفقته ثمنه، ويسلّم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شىء من ذلک فى يد أمناء الحاكم، ويستبقى ما عدا ذلک مثل الجواهر والأثمان، محفوظاً على أربابها، ليدفع إليهم عندالحضور، على الوجه المحرَّر أولاً.

ويحضر من أهل العلم من يشهد حكمه[1] فإن أخطأ نبّهوه لأنّ المصيب عندنا

الشَرح:

[1] قد تقدم أنّ حضور بعض أهل العلم والفضل مجلس القضاء والحكم نوع احتياط فى أعراض الناس وأموالهم وحقوقهم، وما ذكر قدس سره من أنّ القاضى لو أخطأ فاتلف لم يضمن، وكان التلف على بيت المال، يستدل عليه تاره بكون القاضى محسناً، و «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ»(1) وانّ الضمان سبيل، وأخرى بما عن الفقيه بسنده إلى الأصبغ بن نباته «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام : أنّ ما أخطأت القضاه فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين»،(2) ورواه الكلينى قدس سره بسند موثق عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام .

أقول: أمّا قضيه كون القاضى محسناً فلايمكن الاستدلال بها فى المقام، فإنّ القاضى كان قاصداً للاحسان لا أنّه محسن فعلاً، وثانياً: نفى السبيل على المحسن لو اقتضى نفى الضمان فالمنفى ضمان التلف لا ضمان الإتلاف، كما هو الفرض فى كلام الماتن قدس سره ؛ فإنّ الاتلاف ولو بنحو التسبيب يوجب ضمان المتلف كان قاصداً للاحسان أم لا، بل عدم ضمان التلف فى موارد الأمانه المالكيه أو الشرعيه مستفاد من الروايات الظاهره فى عدم ضمان الأمين الموافقه للسيره العقلائيه.

وعلى ذلک فمقتضى القاعده لو كان المال المعطى للآخر بقضائه الخاطىء

1- (1) التوبه: 91.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1: 165.

واحد ويخاوضهم فيمايُستَبهم من المسائل النظريه لتقع الفتوى مقرّره، ولو أخطأ فأتلف لم يضمن وكان على بيت المال وإذا تعدّى أحد الغريمين سنن الشرع عرّفه خطأه[1] [بالرفق، فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصراً على مايوجب لزوم النّمط.

الشَرح:

موجوداً استردّه، وإن كان تالفاًيكون الضمان أو استقراره على من تلف بيده إذا لم يكن الاعطاء له مجاناً وإلاّ يكون استقرار ضمانه على القاضى، حيث إنّه أتلف المال بالتسبيب ولكن فيما كان الضمان على القاضى يتدارک من بيت المال لأنّ ثبوت الضمان على القاضيلابهذا النحو يوجب الكفّ عن القضاء، مضافاً إلى امكان استفادته من الموثقه الداله على ضمان ديه القطع والدم مع خطأ القاضى على بيت المال؛ فإنّه لايحتمل الفرق بين الديه والمال فى الفرض.

[1] لو تعدى أحد الخصمين أو الغرماء سنن الشرع عرّفه الحاكم خطأه برفق فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصراً على مايوجب النمط.

أقول: لو كان التعدى بارتكاب ما لايجوز شرعاً بأن ينسب إلى الشاهد الكذب عمداً أو إلى القاضى الجور والميل عن الحق، أو كان فعله اهانه وايذاءً لخصمه أوالشاهد أو القاضى وغير ذلک، فإن كان ذلک لجهله بعدم جواز ذلک شرعاً أو احتمل الجهل فى حقّه عرّفه الحاكم خطأه؛ لأنّ ذلک يدخل فى تعليم الجاهل، فإن عاد إليه بعد التعريف زجره حيث يدخل الزجر فى عنوان النهى عن المنكر ولوعاد ادّبه فانّ التاديب يدخل فى عنوان المنع عن المنكر عنه عملاً أو يكون من التعزير على ما ارتكبه من الحرام. ولكن ذكرنا فى بحث الأمر بالمعروف أنّ النهى عملاً وان يعدّ من مراتب الأمر بالمعروف إلاّ أنّه لا يدخل فى الواجب الكفائى.

نعم ربّما يدخل الفعل فى عنوان المنع عن المنكر، إلاّ أنّه لا دليل على وجوبه ولو بنحو الواجب الكفائى، بل لادليل أيضاً على مشروعيته إلاّ بالاضافه إلى الأهل،

....

الشَرح:

كما هو مقتضى اطلاق قوله سبحانه: «قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً»،(1) وفى صحيحه عبداللّه بن سنان أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جاء رجل إلى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم فقال: إنّ أُمى لاتدفع يد لامس، قال: فاحبسها، قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قل قد فعلت، قال: قيّدها فانّک لاتبرّها بشىء أفضل من أن تمنعها عن محارم اللّه عزّوجلّ»، وما ورد فى تفسير الآيه لا يدلّ على انحصار مدلولها بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

نعم تأديب من يرتكب محرماً ليرفع يده عنه مشروع للحاكم والوالى ولو فيما لم ينطبق عليه غير عنوان التعزير فضلاً عمّا إذا انطبق عليه عنوان المنع عن ايذاء الغير أيضاً أو غيره من الحرام، وفى موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ رجلاً لقى رجلاً على عهد أمير المؤمنين عليه السلام وقال: إنّ هذا افترى علىّ، قال: وما قال لک؟ قال: إنّه احتلم بأم الآخر، قال: انّ هذا افترى علىّ، قال: وما قال لک؟ قال: إنّ فى العدل إن شئت جلدت ظلّه فإنّ الحلم إنّما هو مثل الظل ولكن سنوجعه ضرباً وجيعاً حتى لايؤذى المسلمين، فضربه ضرباً و جيعاً».(2)

ومما ذكر يظهر أنّه يجوز للحاكم هذا التأديب بالعود بعد تعريف الخطأ؛ لأنّ غايه ما يستفاد ممّا ورد فى عدم ثبوت الحدّ والتعزير فى حق الجاهل بالحكم عدم مشروعيه التأديب بالضرب أو بغيره قبل تعريف الخطأ، لا فى العود بعد عرفان الحكم.

1- (1) التحريم: 61.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 458.

والآداب المكروهه:

أن يتخذ حاجباً وقت القضاء[1]، وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ولا يكره لو اتفق نادراً، وقيل: لايكره مطلقاً التفاتاً إلى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه، وأن يقضى وهو غضبان، وكذا يكره مع كلّ وصف يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع والعطش والغمّ والفرح والوجع ومدافعه الأخبثين وغلبه النعاس، ولوقضى والحال هذه، نفذ إذا وقع حقاً.

الشَرح:

[1] قد ذكر فى الكلمات أنّه يكره للقاضى أُمور:

منها: اتخاذه حاجباً عند الحاجه إلى القضاء للنبوى المروى فى كلمات العامّه: «من ولّى شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب اللّه تعالى دون حاجته وفاقته وفقره»،(1) ولسان الخبر وان يناسب الكراهه، إلاّ أنّ الإعتماد عليه فى الحكم بها لضعف سنده مشكل.

والأظهر انه لو كان الحجب بحيث يترک الناس و خصوماتهم من غير فصل فهذا غير جائز، لما تقدم من وجوب تولّى القضاء حفظاً للنظام وانهاء الخصومات باستيفاء حقوق بعضهم من بعض، وان لم يكن الحجب موجباً لذلک بأن كان مجرّد التأخير فى القضاء فيكون هذا من ترک المستحب وهو السعى فى قضاء حوائج الناس كما فى صوره اتّخاذ الحاجب والقضاء فوراً.

و منها: اتّخاذ المسجد مكاناً للقضاء أو القضاء فيه من غير اتّخاذه مكاناً، كما هو ظاهر المحكى عن الصدوق قدس سره ، وبعضهم كالمصنف قدس سره فصّل بين جعله مجلساً للقضاء دائماً فيكره، وبين القضاء فيه بعض الأحيان فلا يكره، وبعضهم أنكر الكراهه لما هو المعروف من قضاء علىّ عليه السلام فى جامع الكوفه، فإنّ أمر دكّه القضاء إلى يومنا هذا معروف.

1- (1) السنن البيهقى10:110.

....

الشَرح:

واستدل على الكراهه بما ورد فى النهى عن بعض الأُمور فى المسجد، معلّلاً بأنّ المسجد بنى لغير ذلک أو انّه بنى للقرآن، وفى معتبره محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم عن سلّ السيف فى المسجد وعن برى ء النبل فى المسجد وقال: إنّما بنى لغير ذلک»،(1) وبمرسله على بن اسباط عن بعض رجاله قال: «قال أبوعبداللّه: جنّبوا مساجدكم البيع والشراء والمجانين والصبيان والأحكام والضاله والحدود ورفع الصوت».(2)

ولكن لا يخفى أنّه يمكن دعوى أنّ القضاء من قبيل تعليم الحكم فيكون داخلاً فيما بنى له المسجد، والمرسله لضعف سندها لاتصلح للاعتماد عليها، خصوصاً بملاحظه معروفيه أمر دكّه القضاء بجامع الكوفه. والقول بأنّ قضائه فى المسجد غير محرز لاحتمال خروج دكّه القضاء من المسجد أوكان القضاء فيها بعض الأحيان اتّفاقاً لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ كون دكه القضاء من المسجد كمعروفيه سائر الأجزاء والمقامات فيه ولو كان قضاؤه فيها نادراً لاشتهر مكان آخر أيضاً بكونه مجلس القضاء.

ومنها: القضاء حال الغضب ولعلّ المراد بالغضب مايخرج به النفس عن الاعتدال واشتغالها بأمر آخر لا يناسب الدقه فى القضاء وملاحظه موازيه، ويؤيد ذلک إلحاق كل أمر يشتغل به النفس، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من ابتلى بالقضاء فلايقضى وهو غضبان»،(3) وفى خبر سلمه بن كهيل: «ولاتقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم»،(4) وكيف ماكان فلو قضى والحال هذه نفذ

1- (1) الوسائل: 3، الباب 17 من أبواب أحكام المساجد، الحديث 1 :495.
2- (2) المصدرنفسه:الباب 27 من أبواب المساجد، الحديث 1:507.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1: 156.
4- (4) المصدرنفسه:الباب1 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1: 155.

وأن يتولى البيع والشراء بنفسه[1].

الشَرح:

إذا كان على الموازين أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء وقصور ما دلّ على المنع عن الظهور فى عدم النفوذ بل الحرمه، فلاحظ.

[1] ذكر فى الجواهر فى ذيل هذا الكلام ما حاصله: انّه يكره للقاضى تولّى البيع والشراء لنفسه فى مجلس الحكم وغيره، سواء أكانت معاملته مع من يعلم انّه يحاسبه أم غيره، ولعلّ النسخه الصحيحه: مع من يعلم أنّ يحابيه أو غيره أى معاملته مع من يوقع البيع المحاباه وغيره لقوله صلى الله عليه و آله على ما رواه بعض العامه: «ما عدل وال اتّجر فى رعيته أبداً»،(1) بل فى آخر: «لعن إمام يتّجر فى رعيّته».(2)

ولأنّ فى حال تولى القضاء يكون البيع أو الشراء موجباً لتشويش خاطره خصوصاً إذا كان ذلک فى مجلس الحكم فإنّه المانع من التوجه بتمام قلبه إلى الخصومه المرفوعه إليه، ولاحتمال أن يقع البيع أو الشراء منه على وجه المحاباه بأن يبيع الآخر المال منه بأقل من قيمته السوقيه أو يشترى منه بأكثر منها بحيث يوجب ذلک جلب محبه القاضى وميله إليه، وقد يحصل الخوف لخصم من يعامل القاضى من ميل القاضى إلى ذلک المعامل فيمتنع عن المرافعه إليه فيكون القاضى موضع التهمه إلى غير ذلک.

وقد عمّم قدس سره الحكم فألحق سائر المعاملات بالبيع والشراء وقال: بل يكره للقاضى النظر فى نفقه عياله وضيعته وغير ذلک ممّا يشغل قلبه فالأولى للقاضى أن يوكّل من لايعرفه الغير أنّه وكيله للبيع والشراء، ثمّ نقل ما روى عن بعض كتب العامه أنّ علياً عليه السلام امتنع عن شراء القميص ممن عرفه إلى ان انتهى إلى من لا يعرفه فاشترى منه.(3)

1- (1) الجامع الصغير للسيوطى 2: 164، المغنى لابن قدامه 11: 439.
2- (2) السنن للبيهقى 10: 107.

وكذا الحكومه[1]

الشَرح:

أقول: ليس فيما ذكر وجه يصحّ الاعتماد فى الحكم بكراهه تولى القاضى البيع والشراء لنفسه، وإنّما الممنوع ميل القاضى إلى أحد الخصمين للحكم له، كما تشهد لذلک صحيحه أبى حمزه الثمالى، نعم معامله القاضى ممن يبيعه أو يشترى منه محاباه لجلب رضاه ليحكم له عند المخاصمه إليه داخل فى الرشوه، فيما إذا علم القاضى أنّ بيعه أو الشراء منه كذلک، فلا تجوز له تلک المعامله لأنّها من الرشوه فى الحكم، كما ذكرنا فى المكاسب المحرّمه، وأمّا تولى البيع والشراء فى مجلس الحكم بحيث يوجب تشويش البال فقد تقدم كراهه الحكم حال اشتغال القلب، وهذا داخل فيه سواء أباع أو اشترى لنفسه أم للغير.

[1] أى وكذا يكره توليه الحكومه لنفسه بأن يقف مع خصمه عند قاض آخر، بل الأولى أن يوكّل من يرافع مع خصمه عند قاض آخر، وفى نهج البلاغه «إنّ للخصومه قحماً» ، قال ابن أبى الحديد فى ذيل هذا الكلام: قالها أمير المؤمنين حين وكّل عبداللّه بن جعفر فى الخصومه عنه، وروى أنّه عليه السلام وكّل عقيلاً فى خصومته وقال: انّ للخصومه قحماً.(1)

أقول: لو تمّ ذلک لم يكن هذا من آداب القاضى، بل يكره لكل خصم تولى الخصومه بنفسه وانّ الأولى التوكيل فى المخاصمه إلى القاضى، وقد ورد فى بعض الروايات المرويه بطرقنا أنّ أمير المؤمنين(2) عليه السلام بل قبله النبى(3) توليا الخصومه بنفسهما، ويقال إنّ ذلک لا ينافى الكراهه وإنّما كان ذلک لبيان بعض الأحكام الشرعيه التى أخطأ فيها من نصب قاضياً للناس، كما فى قضيه درع طلحه أو لغير ذلک من المصالح.

1- (1) شرح النهج لابن أبى الحديد19:260.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6: 194.
3- (3) الوسائل: 18، الباب18 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 200.

وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجّه[1].

وكذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم، ويكره أن يرتّب للشهاده قوماً[2] دون غيرهم، وقيل: يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأنّ فى ذلک مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار.

الشَرح:

[1] ذكروا انّ اظهار القاضى الانقباض فى وجه الخصوم المانع عن لحنهم بالحجّه والتفطن بها وتحريرها على وجه الكمال مكروه.

أقول: ينبغيأن يراد من الانقباض ما لم يكن بحيث كان فيه مهانه المؤمنين والتجبّر عليهم، فإنّ هذا أمر فى نفسه غير جائز، سواء أكان من القاضى أم غيره. وإذا لم يكن كذلک فيمكن أن يقال أنّه لا يجوز للقاضى فعل ما يوجب دهشه المترافعين إليه بحيث يغفلان أو يغفل أحدهما عن ذكر ما هو دخيل فى الافصاح عن مورد منازعتهما، فإنّ هذا ينافى مشروعيه القضاء وايصال الحق لأهله وفى غير ذلک فلا موجب للكراهه أيضاً.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى اللين الخارج عن المتعارف والموجب لجرأه المتخاصمين على ما فيه نوع مهانه للقاضى أو لقضائه.

[2] لا يخفى أنّ ترتيب قوم للشهاده إن كان بحيث لا تقبل الشهاده من غيرهم حتى مع التمكن من احراز عدالتهم، فهذا ابطال لحقوق الناس وتضييع لها وقد جعل القضاء لرعايه حقوق الناس واستيفائها، وإن كان المراد أنّه يطلب من الناس أن يجعلوا لمعاملاتهم وحقوقهم شهوداً منهم دون غيرهم فالاستجابه لذلک لالزوم لها على الناس، ولكن لا كراهه فيه فيما إذا لم يكن فى تعيينهم لجعل غيرهم من العدول موضع التهمه، بل كان التعيين لتسهيل أمر القضاء وعدم تأخيره إلى تعديل الشهود، وقيل: إنّ أوّل من رتب للشهاده قوماً بعض القضاه من العامّه.

جواز أن يقضى الإمام بعلمه

وهنا مسائل:

الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقاً[1] وغيره من القضاه يقضى بعلمه فى حقوق

الشَرح:

وكيف ما كان فليس مراد الشيخ قدس سره من منعه الصوره التى ذكرنا عدم الكراهه فيها أيضاً، فلاحظ كلامه المنقول عنه فى مبسوطه تجده موافقاً لما ذكرنا.

[1] وجوب اتباع حكم الإمام عليه السلام على الرعيه ونفوذه بعد كون طاعته عليه السلام كطاعه النبى صلى الله عليه و آله من أُصول مذهبنا ولم يخالف فيه أحد منّا، وأمّا جواز قضائه بعلمه فهو أيضاً ممّا لا ينبغى التأمّل فيه، فإنّ القضاء المزبور داخل فى القضاء بالحق والحكم بالعدل فيدخل فى قوله سبحانه: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ»(1)، ولقول علىّ لشريح فى قضيه درع طلحه: «ويحک أو: ويلک انّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا»،(2) ولقتله عليه السلام خصم النبى صلى الله عليه و آله قضاءً بعلمه.(3)

امام يقضى بعلمه مطلقا

بل يظهر من بعض الروايات المعتبره أنّ حكم النّبى صلى الله عليه و آله وسلم بعلمه كان مفروغاً عنه بين الناس كصحيحه محمّد بن قيس وفى خبر حسين بن خالد أو صحيحه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «سمعته يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنيأو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ ولايحتاج إلى بيّنه مع نظره لأنّه أمين اللّه فى خلقه»،(4) وفى ذيله دلاله على أنّ ذلک بالاضافه إلى حقوق اللّه، وأمّا حقوق الناس فاستيفاء الحق فيها يكون بمطالبه صاحبه.

وكيف كان فلا موجب لتطويل الكلام فى المقام، وما نقل السيد قدس سره عن أبى على ابن الجنيد من الخلاف لا يعتنى به، فإنّ خلافه مبنى على اجتهاده المخدوش، وهوأنّ

1- (1) المائده: 42 .
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6: 194.
3- (3) المصدر نفسه :الباب 18 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 200.
4- (4) المصدر نفسه: الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 344.

الناس وفی حقوق اللّه سبحانه علی قولین أصحّهما القضاء[1]، ویجوز أن یحکم فی ذلک کلّه من غیر حضور شاهد یشهد الحکم.

الشَرح:

اللّه سبحانه قد أوجب للمؤمنین حقوقاً لم تثبت بینهم وبین الکفار والمرتدین کالمناکح والمواریث والذبائح وغیر ذلک ووجدنا اللّه تعالی قد أطلع نبیّه علی من یبطن الکفر ویظهر الإسلام فکان یعلمه ولم یبیّن النبی صلی الله علیه و آله أحوال هؤلاء الأشخاص لسائر المؤمنین لیمتنعوا عن مناکحتهم وإرثهم وذبائحهم إلی غیر ذلک.

و وجه الخدشه أنّ الکفر باطناً لایمنع عن الحکم بالإسلام، فإنّ الموضوع لترتیب الحقوق المزبوره هو الاعتراف بالشهادتین من غیر اظهار الخلاف بتکذیب نفسه فی اعترافه.

[1] صریح کلام السید قدس سره جواز الحکم من الحاکم بعلمه فی حقوق الناس عند الإمامیه ولو من غیر الإمام علیه السلام ، حیث ذکر فی الجواب عن الاشکال بأنّه کیف تدعون الاجماع علی جواز الحکم مع أنّ أبا علی ابن الجنید یصرح بالخلاف، بأنّ خلاف ابن الجنید لاجتهاد مخدوش وانّه لا یخفی اتّفاق الإمامیه علی الانکار علی أبی بکر، حیث طلب البیّنه من الزهراء علیهاالسلام علی دعواها بأنّ فدک نحله أبیها مع علمه بصدقها لعصمتها علیهاالسلام .

والمتحصل: جواز قضاء غیرالنبی صلی الله علیه و آله وغیر الإمام علیه السلام بعلمه فی حقوق الناس أیضاً من القطعیات فی کلمات جمله من الأصحاب، وقد نقل الاجماع علیه و علی جوازه فی حقوق اللّه فی الانتصار والخلاف والغنیه والسرائر.

و علی کلّ حال یقع الکلام فی المقام فی جواز الحکم من القاضی بعلمه تکلیفاً، و فی نفوذ ذلک الحکم علی المتخاصمین وغیرهما وضعاً، وأنّه یجوز للقاضی اجراء حدود اللّه علی مرتکبی موجباتها فیما إذا کان ثبوتها بعلمه، والکلام فی الأولین فیما

....

الشَرح:

إذا كانت المخاصمه فى الموضوعات، وأمّا فيما إذا كان من الشبهات الحكميه فلا كلام فى جواز الحكم و نفوذه على ما تقدم سابقاً.

فنقول: الحكم بعلمه فى حقوق الناس داخل فى الحكم بالعدل والقضاء بالقسط فيجوز بل ينفذ لاطلاق قوله عليه السلام : جعلته حاكماً أو قاضياً، بعد عدم الدليل على تقييد ذلک بكون الحكم بغير علم وكذا الحال فيما إذا كان حكمه فى حدود اللّه أخذاً بقوله سبحانه: «الزَّانِيَهُ وَالزَّانِى فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَهَ جَلْدَهٍ»(1) وغيره بعد كون الخطاب للحكّام على ما يأتى.

وما يقال فى المقام فى وجه المنع إمّا راجع إلى عدم جواز الحكم من القاضى بعلمه كما قيل بأنّ الحكم بعلمه يجعل القاضى موضع التهمه، وإمّا راجع إلى الحكم الوضعى بدعوى أنّ الطريق المألوف فى القضاء فى حقوق الناس وغيره غير علمه، كما يستفاد ذلک من صحيحه هشام بن الحكم عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : إنّما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان»(2)، وما ورد فى الرجل الذى رأى الفجور بزوجته.(3)

ولكن شيئاً من ذلک لا يصلح مانعاً، فإنّ قضيته جعل الحاكم موضع التهمه، فلا مورد لها فيما إذا عرف القاضى بالديانه وتعصّبه فى دين اللّه، بل مطلقاً بعد عرفان عدالته، وإلاّ لكان تعديله الشاهد بعلمه أو تجريحه غير جائز للتهمه الموهومه، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف و المناقشه فى مسأله جرحه و تعديله بل لابدّ من انتهائهما بعلمه كما لا يخفى.

1- (1) النور: 2.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 169.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 45 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 413.

....

الشَرح:

وأمّا قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم»، فقد تقدم جواز قضاء النبى بعلمه و وقوعه، و قضايا مولانا أميرالمؤمنين عليه السلام مشهوره معروفه عند العوام فضلاً عن الخواص، فيكون الحصر فى الصحيحه غالبياً، والصحيحه ناظره إلى عدم تغير الواقع بحكمه صلى الله عليه و آله على طبق البينات والأيمان كمايشهد بذلک ذيلها، وقد يكون القضاء باعتراف الخصم واقراره، مع أنّ الحكم به لا يكون داخلاً فى شىء من البينه والأيمان.

أضف إلى ذلک احتمال كون البيّنه فى الصحيحه بمعناها اللغوى، فتعمّ علم القاضى كمايفصح عن ذلک غير واحد من الآيات كقوله سبحانه: «قُلْ إِنِّى عَلَى بَيِّنَهٍ مِن رَبِّى»(1) وقوله: «فَقَدْ جَاءَكُم بَيِّنَهٌ مِن رَبِّكُمْ»(2) و «أَرَأَيْتُمْ إِن كُنتُ عَلَى بَيِّنَهٍ مِن رَبِّى»(3) إلى غير ذلک مما استعمل فيه البينه بمعنى موضح الواقع والأمر والحق.

لا يقال: لايحتمل كون البينه فى الصحيحه بالمعنى اللغوى، وإلاّ لم يصح إفراد الأيمان عن البينات حيث إنّ الأيمان أيضاً من موضح الحق والواقع.

فإنّه يقال: عطف الأيمان على البينات لا ينافى كونها بمعنى موضحات الأمر حيث إنّ البيّنه ظاهرها موضح الأمر، والواقع مع قطع النظر عن مقام القضاء ولايكون الأيمان كذلک فإنّها موضحات بلحاظ مقام القضاء فى حقوق الناس، وما ورد فيمن رأى الفجور بزوجته ناظر إلى عدم جواز اجراء الحدّ لغير الحاكم، وأنّه لا بدّ من ثبوت الفجور عنده، نعم يمكن أن يستفاد منه أنّه لابأس بالرجل أن يقتل من فجر بامرأته بعد ثبوته عند الحاكم.

و بالجمله: فليس فى البين مايمنع عن القضاء بالعلم بأن يكون له طريق مألوف

1- (1) الأنعام: 57.
2- (2) الأنعام: 157.

3- (3) هود:28.

....

الشَرح:

لا يدخل فيه علم القاضى بل اعتبار البيّنه فى حق القاضى العالم بالحق والواقع غير ممكن.

ومايقال بأنّه: لا يجوز الحكم فى حقوق اللّه بالعلم لأنّ حقوق اللّه مبتنيه على المسامحه، ويدل عليها مارويعن النبى صلى الله عليه و آله فى قضيه الملاعنه: «ولو كنت راجماً بغير بينه لرجمتها»(1)، ولذا حكى عن بعض اختصاص الجواز بحقوق الناس، ولايمكن المساعده عليه فإنّه لم يثبت فى حقوق اللّه إلاّ أنّ للقاضى المنع من ثبوت موجب الحدّ باعتراف المرتكب، لا أنّ علم القاضى لا يكون طريقاً لثبوته.

وربّمايستدل على جواز القضاء بالعلم بأنّه إذا طلق الرجل امرأته عند القاضى ثلاث مرات بحيث لايجوز له الرجوع إليها إلاّ بعد النكاح من المحلّل، ثم جحد الرجل الطلاق ولم تتمكن زوجته من اقامه الشهاده على طلاقها كذلک فانّه يتوجه اليمين إلى الزوج، فإنّ حكم الحاكم المزبور بكون المرأه زوجته فهذا حكم بالباطل والزور، وإن لم يحكم بشىءلزم ترک القضاء، وقد تقدم وجوبه عيناً أو كفايه، فيتعين القضاء بعلمه وإن ترک القضاء بالعلم مستلزم لعدم انكار المنكر وعدم وجوب اظهار الحق مع امكانه وإذا لم يجز ذلک يتعين الحكم بعلمه.

أقول: يمكن المناقشه فيما ذكر بأنّه لو ثبت انحصار طريق القضاء بالبينه والحلف والاقرار يمكن للقاضى العالم بحقيقه الحال أحد أمرين:

الأوّل: أن يحوّل الواقعه إلى قاض آخر، ويحضر عنده ليشهد بماعلمه من أمر الطلاق أو غيره، إذا كان معه شاهد آخر.

الثانى: أن يأمر الزوج باعترافه بالطلاق والتوبه والرجوع عن انكاره، ويعزّره على

1- (1) سنن البيهقى7:407.

....

الشَرح:

كذبه وانكاره؛ حتى يعترف بالحال، ونذكر ان شاء اللّه تعالى أنّ مايذكر من أنّ الاقرار بالاكراه لايكون نافذاً لايشمل الفرض ممّا يعلم القاضى انّ اقراره ولو باكراهه مطابق للواقع.

وقد يقال فى وجه عدم جواز القضاء بالعلم: بأنّ العلم إنّمايكون طريقاً بالذات إلى متعلّقه بالاضافه إلى العالم، فيكون علم القاضى طريقاً إلى الواقع بالاضافه إلى نفسه، وجواز القضاء ليس من أثر الواقع، بل أثر احرازه كمايفصح عن ذلک قوله عليه السلام فى تقسيم القضاه: «رجل قضى بالحق وهو يعلم»(1)، وقوله عليه السلام : «من أفتى الناس بغير علم لعنته ملائكه السماء»(2) لعدم احتمال الفرق بين الافتاء والقضاء من هذه الجهه، وإذا كان احراز الواقع موضوعاً لجواز القضاء فيمكن أن يختص الموضوع بما إذا كان الاحراز بالبينه أو الحلف، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبينات والأيمان»، ولا يمكن التعدى إلى العلم بالقضاء بعلمه الوجدانى، فضلاً عن دعوى الأولويه لاحتمال الخصوصيه فى البيّنه لكونها طريقاً إلى الواقع مطلقاً لا بالاضافه إلى شخص دون شخص بخلاف العلم، فانّه طريق بالاضافه الى العالم فقط أضف إلى ذلک ماتقدم من أنّ القضاء بعلمه يجعله موضع التهمه.

أقول: كون الموضوع لجواز القضاء والافتاء احراز الواقع لانفس ثبوت الشىء واقعاً صحيح، لكن هذا لايمنع عن حكمه بعلمه فكما انّ علمه طريق إلى الواقع بالاضافه كذلک البينه فى موارد قضائه بها وإلاّ ربّما يكون كل من المتخاصمين جازماً بما يدعى أو ينكر فلا يكون اعتبار بالبينه بالاضافه إليهما، وأمّا دلاله الحصر فقد تقدم أنّه اضافى وقد ذكر للدلاله على تغيّر الواقع بالقضاء بها أو بالحلف كما تقدم الجواب عن

....

الشَرح:

كون القضاء بالعلم يجعل القاضى موضع التهمه، كما فى موارد قضائه فى اختلاف المترافعين فى واقعه لاختلافهما فى الحكم الشرعى لكلى تلك الواقعه فتدبر.

وبتعبير آخر كما أنّ حكم القاضى فى موارد اختلاف المتخاصمين فى حكم كلّى الواقعه لا يكون بالبينه واليمين كذلك فى مورد اختلافهما فى الموضوع مع علم القاضى بواقع الأمر، حيث إنّ القاضى فى موارد عدم علمه بواقع الأمر عند اختلافهما فى الموضوع يتمسّک بالحجّه المعتبره فى حق الشاک، ويجعل من يكون قوله موافقاً لتلک الحجّه المعتبره المدعى عليه ومن يكون قوله مخالفاً لها المدعى فيطلب من الثانى البينه ومع عدمها تصل النوبه إلى طلب الحلف من المدّعى عليه، ومع علم القاضى بالواقع لاتكون لتلک الحجّه موضوعاً، بل يكون قضاؤه فى الواقعه باحرازه الصغرى والكبرى كما فى موارد الخصومه للإختلاف فى حكم كلّيها فيعمّه قضائه فيها مادلّ على مشروعيه القضاء بالسنّه العادله كمالا يخفى.

ثمّ إنّه قد ذكر فى المسالک انّه بناءً على عدم جواز قضاء القاضى بعلمه يستثنى موارد: منها تزكيه الشهود وجرحهم لئلا يلزم الدور أو التسلسل، ومنها الاقرار فى مجلس القضاء وإن لم يسمع ذلک الاقرار غير القاضى، بل قد يقال باستثناء اقرار الخصم مطلقاً ولو لم يكن فى مجلس القضاء، ومنها العلم بخطأ الشهود وكذبهم، ومنها أن يشهد مع الحاكم آخر فإنّه لا يقصر الحاكم عن الشاهد، ومنها تعزير من أساء أدبه فى مجلسه، وإن لم يعلم به غيره.

أقول: أمّا قضيه التعديل والجرح فقد تقدم الكلام فيه، وانّ القاضى يعمل فيهما على طبق علمه لا محاله، وتقدم أيضاً أنّ علمه باقرار الخصم سواء أكان فى مجلس القضاء أم غيره موجب للحكم، ويظهر ذلک من بعض الروايات، خصوصاً الوارده

حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البيّنه

الثانيه: إذا أقام المدعى بينه ولم يعرف الحاكم عدالتهما فالتمس المدعى حبس المنكر لبُعدٍ لها، قال الشيخ رحمهم الله : يجوز حبسه[1] لقيام البينه بما ادعاه، وفيه اشكال من حيث لم يثبت البينه حق يوجب العقوبه.

الشَرح:

فى ثبوت بعض موجبات الحدود، وكذلک الحال فى علمه بخطأ الشهود أو كذبهم.

وأمّا أنّ الحاكم يحسب شاهداً وانّه إذا شهد معه آخر يجوز الحكم فلايمكن المساعده عليه فيما إذا كان المراد ان يقضى بشهادته مع آخر، لأنّ ظاهر الأدلّه كون الشاهدين غير القاضى، وخروج القاضى عن الشاهدين كخروج المدّعى والمدّعى عليه عنهما.

[1] إذا أقام المدّعى بدين له على غيره شاهدين ولم يعرف الحاكم عدالتهما، واحتاج المدّعى إلى اثبات عدالتهما، فالتمس من الحاكم حبس المدّعى عليه حتى تثبت عدالتهما قال الشيخ قدس سره : يجوز للحاكم الاجابه بحبس المدعى عليه لقيام البيّنه بدعواه، واستشكل الماتن قدس سره بأنّه لم يثبت بشهادتهما الدين ليحبس المديون لادائه أو ثبوت اعساره.

وبتعبير آخر إنّما يجوز حبس المديون بالدين الحال عليه ليؤديه أو يحرزعسره كمايدل على ذلک مثل موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين فإذا تبيّن له حاجه و افلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالاً»(1)، وإذا لم يثبت الدين فلاموجب لجواز حبسه بعد كون الأصل براءه ذمه المدعى عليه.

و وجّه فى الجواهر كلام الشيخ بأنّه يرى ثبوت الدين بالبيّنه التى لم يعرف فسقها، وإن جاز للحاكم طلب المدّعى بتزكيه الشاهدين لاسترابته أو التماس الغريم أو للاستظهار أو نحو ذلک، ثمّ قال: إنّ المعتبر فى الشاهد العداله، ولايكفى مجرّد عدم ظهور الفسق، وأنّه ما لم يثبت الدين فلايجوز حبس المدعى عليه ولا مطالبه الكفيل.

1- (1) الوسائل: 13، الباب 7 من أبواب الحجر، الحديث 1:148.

الثالثه: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال، وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر[1] فإن كان الحكم موافقاً للحق لَزِمَ وإلاّ أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً، وكذا كل حكم قضى به الأوّل وبان للثانى فيه الخطأ فإنّه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثمّ تبين الخطأ فإنّه يبطل الأوّل و يستأنف الحكم بما علمه حقاً.

الشَرح:

وفيه: إن توجيه كلام الشيخ بما ذكر لا يرجع إلى محصّل .فإنّه لو كان الأصل فى الشاهد العداله أو أنّ المعتبر فى الشهاده عدم ظهور فسق الشاهد لايكون للحاكم مطالبه المدعى بتزكيه الشاهدين واثبات حالهما واقعاً، فإنّ طلب ذلک منه يكون كطلبه باثبات نسبهما وغير ذلک من الأُمور الراجعه إليهما، ممّا لايجب على المدّعى الاستجابه لطلبه.

وأمّا ما ذكره قدس سره من أنّه ما دام لم يثبت الدين لم يحز مطالبه المدعى عليه بالكفيل، فلايمكن المساعده عليه فإنّ مطالبته بالكفيل لاتتوقّف على ثبوت الدين، بل يجوز مطالبه الكفيل من المدعى عليه ليحضر مجلس الحكم لانهاء المخاصمه وفصلها سواء أكان الحكم فيه بثبوت الحق أم براءه المدعى عليه وقد اعترف رحمهم الله فى باب الكفاله بمشروعيتها فى الحقوق ومنها حق الدعوى، ولعلّ مراده فى المقام عدم جواز مطالبه الكفيل بالدين لابحق الدعوى.

[1] ذكر قدس سره فى المسأله أُموراً ثلاثه:

الأوّل: إنّ الحاكم الأوّل إذا حكم على أحد بضمان مال وحبسه لاستيفاء المال يجب على الحاكم الثانى النظر فى أمر المحبوس، فإن كان الحكم الأوّل حقّاً ألزم عليه المال، وإن لم يكن حقّاً أبطل الأوّل وخلّى سبيل المحبوس سواء أكان مستند حكم الحاكم الثانى قطعياً أم اجتهاداً.

الثانى: إنّه إذا حكم الحاكم الأوّل بحكم وفصل الخصومه فى واقعه لا يجب على

....

الشَرح:

الثانى النظر فيها، ولكن لو نظر وبان له خطأ الأوّل فى حكمه أبطله.

الثالث: إنّه لو حكم هو بنفسه فى واقعه بحكم ثم بان له خطائه فى حكمه نقضه ويستأنف الحكم فيها بما يراه حقّاً.

وقد ذكر فى الجواهر فى ذيل الأمر الأوّل انّه وان جزم بوجوب النظر فى المسالک بل يظهر من عباراتهم عند تعرضهم لكون النظر فى المحبوسين من آداب القاضى تسالمهم عليه، إلاّ أنّه مع ذلک يشكل وجوب النظر لنفوذ القضاءالأوّل ويعمّه ما دلّ على عدم جواز ردّه ويحمل على الصحيح، فيكون حبس الحاكم الثانى واستيفاء المال منه نظير التصرّف فى المال الذيأخذه الشخص المزبور بحكم الحاكم الأوّل فيأنّه لا يجب النظر فيأمر ذلک المال والتفتيش عن صحّه الحكم الأوّل، بل لايجوزالنظر مع امتناع المحكوم له عن المرافعه عنده، لكن الأقوى عدم البأس بتجديد المرافعه مع تراضيهما، وينفذ الحكم الثانى ولو كان مستنده اجتهاداً.

أقول: إذا تحقق الحكم من الحاكم الأوّل على طبق موازين القضاء عنده يعمّه ما دلّ على نفوذ الحكم، فيجوز للحاكم الثانى تنفيذ ذلک الحكم فيما إذا لم ينفذه الحاكم الأوّل ويكون تنفيذه لكونه عملاًبالحكم المزبور الذييعمّه خطاب النفوذ، بل لا يجوز له إيقافه، فإنّ ايقاف تنفيذه ردّ للحكم المشروع، نعم يجوز للثانى النظر فى تلک الواقعه تكليفاً فيما إذا رضى المحكوم له بالحضور، ولكن لايكون الحكم من الثانى بخلاف الأوّل مشروعاً ونافذاً إلاّ إذا تبيّن للحاكم الثانى خطأ الأول بأن ظهر له عدم رعايه الأوّل موازين القضاء، كما إذا كان فى المسأله دليل بحيث لا يقبل الاجتهاد على خلافه ولايكون الحكم المزبور إلاّ بالتقصير وعدم رعايه موازين القضاء، فإنّ فى هذا الفرض ينقض ذلک الحكم ولايجوز له تنفيذه لأنّ الحكم المزبور ليس من

الرابعه: ليس على الحاكم تتّبع حكم من كان قبله لكن لو زعم المحكوم عليه أنّ الأوّل حكم عليه بالجور، لزمه النظر فيه [1]، وكذا لو ثبت عنده مايبطل حكم الأوّل أبطله،سواء كان من حقوق اللّه تعالى أو حقوق الناس.

الشَرح:

حكمهم، بل حكم بالجوروالباطل حتى ولو احتمل مطابقته للحكم الواقعى.

نعم احراز التقصير فى القضاء والغفله عن موازين القضاء لا يتيسّر غالباً إلاّ فيما كان فى البين مثل الدلاله القطعيه التى يصل إليها الفاحص بالفحص القليل، أو يكون من الحاكم الأوّل الغفله الظاهره فى ملاحظه موازين القضاء ، بحيث لا يحتمل الاجتهاد على خلافها.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يسقط نفوذ القضاء الأوّل ولو بتراضى المتخاصمين إلاّ فيما ذكرنا وعدم النفوذ فيه لايحتاج إلى رضاهما كما لايخفى، كما ظهر أنّ على الحاكم الثانى تنفيذ ما حكم به الحاكم الأوّل فى موارد نفوذه؛ حيث إنّ مقتضى ما دلّ على نفوذه عدم الفرق بين المتخاصمين والحاكم الثانى.

وبالجمله: نظر الحاكم الثانى لا اعتبار به فى الواقعه التى انتهت الخصومه فيها بالحكم من الحاكم الأوّل بالحكم منه أوّلاً.

[1] ذكر فى المسأله أُموراً ثلاثه:

الأوّل: عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى فى القضاء الصادر عن الحاكم الأوّل.

الثانى: انّه لو ادّعى المحكوم عليه بقضاء الحاكم السابق جوره عليه فى قضائه وجب على الثانى النظر فى قضائه.

الثالث: انّ كل حكم من الحاكم السابق ينقض على تقدير ظهور خطأه فى قضائه للحاكم الثانى، من غير فرق بين حقوق الناس وحقوق اللّه، مشيراً إلى خلاف بعضٍ

....

الشَرح:

فى حقوق الناس، حيث قالوا انّ النقض فى حقوق الناس يحتاج إلى مطالبه المستحق.

وذكر فى الجواهر فى وجه الأمر الأوّل انّ عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى مقتضى حمل قضاء الحاكم الأوّل على الصحّه.

أقول: ماتقدم من الماتن قدس سره من وجوب النظر فى أمر المحبوس بالقضاء من الحاكم السابق لا ينافى ما ذكر فى المسأله من عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فى حكم القاضى الأوّل؛ وذلک فإنّ وجوب النظر فيأمر المحبوس باعتبار انّ استيفاء الدين منه يتوقف على ثبوت الحق عليه عند الحاكم الثانى، ولذا يجب النظر فيأمره ، حيث إنّ مجرّد ثبوت الحق عند القاضى الأوّل لايوجب كون الثانى ولياً على الاستيفاء، بخلاف ما ذكر فى هذه المسأله فإنّ المفروض فيها انتهاء الواقعه السابقه حكماً واستيفاءً، ولكن قد عرفت ما فى الفرق فلا نعيد.

وأمّا ما ذكر صاحب الجواهر قدس سره فى وجه عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فيمكن أن يقال بعد الحاجه إلى اجراء اصاله الصحّه فى القضاء السابق، بل لولم تكن أصاله الصحّه فيه لما كان النظر فيه واجباً على الحاكم اللاحق، لأنّ العمده فى وجوب النظر والقضاء هو وجوب القيام بأمر انهاء المنازعه بين الناس واستيفاء الحقوق لذويها ممّن عليه، ولذا ذكرنا سابقاً أنّه لو أمكن فصل الخصومه بترغيب المتخاصمين بالمصالحه لما وجب القضاء.

وعليه فالوقائع السابقه التى انتهت المخاصمه فيها بالقضاء النافذ بين المتخاصمين فالقضاء فيها خارج عن وظيفه القاضى الثانى، سواء أكان قضاؤه فيها صحيحاً أم خطأً عنده، ولذا ذكرنا انّه لا يجوز له نقض حكمه وانّ حكمه نافذ حتى على القاضى الثانى.

ص :87

....

الشَرح:

نعم لو نظر و وجد حكمه بغير ما أنزل اللّه و بغير موازين القضاء من جهه تقصيره يجوز له النقض بل يجب، و لعلّ مراده قدس سره من الحمل على الصحّه نفى هذا القسم من الفساد، هذا بالاضافه إلى المخاصمات.

وأمّا بالاضافه إلى حقوق اللّه والحدود فليس فيها إلاّ أنّ للحاكم اجرائها بعد ثبوت موجباتها عنده، ولا دليل على نفوذ قضائه و حكمه فيها بالثبوت أو النفى، وعليه فان اراد الحاكم اجراء الحدّ على من حكم الأوّل بثبوت موجبه فى حقّه فاللازم عليه احراز ثبوته.

اللّهم إلاّ أن يقال: انّ الحكم بثبوت الموجب من شؤون القاضى ولو لم يكن حكمه بالثبوت نافذاً فى حق الغير لما جاز للحداد اجراء الحدّ بأمر القاضيإلاّمع احرازه ثبوت الموجب.

وذكر فى وجه الأمر الثانى: إنّ دعوى المحكوم عليه بأنّ الحاكم السابق قد حكم عليه بالجور مسموعه فانّه يعمه قوله صلى الله عليه و آله : «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه»(1)، من غير أن يكون فى البين ما يوجب رفع اليد عن العموم.

لايقال: دعوى الجور على القاضى الأوّل وكذا استئناف القضاء فى تلك الواقعه ردّ على القاضى الأوّل فلا يجوز، وأيضاً لو جاز دعوى الجور على القاضى الأوّل لجاز دعواه فى قضاء الأخير أيضاً، وهذا سدّ لباب فصل الخصومه بالقضاء، والقول بأنّ دعوى القضاء بالجور تسمع فيما إذا كانت الدعوى بعد عزل القاضى الأوّل بحيث تكون الدعوى عليه بعد انقضاء ولايته على الحكم نظير دعوى المولى عليه بعد بلوغه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 5: 171.

الخامسه: إذا ادّعى رجل أنّ المعزول قضى عليه بشهاده فاسقين وجب احضاره[1] وإن لم يُقم المدّعى بينه، فإن حضر واعترف به أُلزم، وإن قال: لم أحكم إلاّ بشهاده عدلين قال الشيخ: يكلّف البينه لأنّه اعترف بنقل المال وهو يدّعى بما يزيل الضمان عنه، وهو يشكل لما أنّ الظاهر استظهار الحكّام فى الأحكام فيكون القول قوله مع يمينه لأنّه يدعى الظاهر.

الشَرح:

على وليّه بالاضافه إلي بعض ما وقع أيام ولايته، لايمكن المساعده عليه، فإنّه لو كان السماع ردّاً للقضاء فلا يجوز قبل العزل وبعده، وان لم يكن ردّاً فلا وجه لعدم سماعه حتى على القاضى الأخير أيضاً، مع أنّ مسأله العزل لا تجرى بالاضافه إلى من كان قضاؤه بالنصب العام.

والظاهر أنّه ليس بردّ، فإن منصرف الرد انكار الحكم على القاضى عملاً مع كون قضائه على الموازين، ولايعمّ ما إذا كانت الدعوى خطأه وخروجه عن موازين القضاء فى قضائه.

[1] حاصل ما ذكره قدس سره فى المسأله انّ دعوى المحكوم عليه عند الحاكم الثانى بأنّ الحاكم الأوّل قد حكم عليه بشهاده فاسقين مسموعه سواء أقام بينه على دعواه أم لا، فإنّه ليس من شرط سماع الدعوى اقامه البيّنه بها، ولاخصوصيه للمقام ليمتاز بها عن سائر الدعاوى.

وعلى ذلک فعلى الحاكم الفعلى احضارالحاكم الأوّل، فإن اعترف بما يدعيه المحكوم عليه ألزم بالمال إن أخذه أو استوفى بحكمه وإن لم يعترف بأنّ ذكر أنّه لم يحكم إلاّ بشهاده العدلين، فقال الشيخ قدس سره : يكلّف الحاكم المزبور باقامه البيّنه بما ذكره لأنّه يعترف بأخذ المال من المحكوم عليه ويدعى عدم ضمانه فى ذلک، ويلزم على ذلک انّه لو لم يقم البيّنه يحلف المحكوم عليه ويلزم الحاكم بضمان المال.

السادسه: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلاّ شاهدان عدلان[1] ولايقتنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه.

الشَرح:

ولكن مقتضى أصاله الصحّه فى حكمه تجعله منكراً، فعلى المحكوم عليه المدعى اقامه البيّنه بما يدعيه، ولعل هذا هو المراد من قول الماتن قدس سره : إنّ الظاهر استظهار الحكّام فى أحكامهم، وأيضاً إلزام الحاكم بالمال مع اعترافه ينحصر بما إذا كان اعترافه بما يوجب الضمان، كما إذا اعترف بأنّه حكم مع علمه بفسق الشاهدين أو عدم احرازه عدالتهما.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه تسمع دعوى المحكوم عليه على القاضى الأوّل، فيما إذا ادّعى أنّه حكم عليه بشهاده الفاسقين مع علمه بفسقهما أو عدم احرازه عدالتهما، فإنّه فى هذا الفرض لو اعترف القاضى بما يدعيه الزم بالمال ويمكن للمحكوم عليه المخاصمه مع المحكوم له أيضاً فيما إذا ادّعى أنّه كان يعلم بأنّ حكم القاضى بشهاده فاسقين أو بشهاده من لم يكن عدالتهما محرزاً له عند حكمه، وفى غير ذلک لا مورد لسماع الدعوى، واللّه سبحانه هوالعالم.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو احتاج الحاكم إلى مترجم يعتبر التعدد فيه بأن يكونا رجلين عدلين لا يكتفى بالعدل الواحد، لأنّ كفايه المتعدد متفق عليه وكفايه الواحد غير محرز. وربّما يقال بأنّ كفايه الواحد وعدمها مبنيان على كون الترجمه من قسم الشهاده أو من قبيل الروايه فيعتبر التعدد على الأوّل ويكتفى بالواحد على الثانى.

فالعمده التكلّم فى المائز بين الشهاده والخبر ليرى دخول الترجمه فى أىّ منهما، وقد قيل انّ الشهاده قسم من الخبر وكل مورد ثبت فيه اعتبار التعدد فيؤخذ فيه التعدد وفى غيره يكتفى بالواحد كما هو مقتضى ما دلّ على اعتبار خبر العدل.

وأورد على ذلک فى الجواهر بأن الروايه غير الشهاده فى العرف بحيث يكون

....

الشَرح:

اطلاق الشهاده ولايكون اعتبار التعدد وعدمه مائزاً بينهما عندالعرف بحيث يكون اطلاق الشهاده دائراً مدار اعتباره، وانّ الظاهر دخول الترجمه فى الشهاده بعضاً كما أنّها قد تكون روايه، فانّه إن كان المقصود من الترجمه اثبات ما يترتب عليه حكم الحاكم كشهاده الشاهد فتكون شهاده كالشهاده بالبيع أو النكاح أو الزنا وشرب الخمر فيعتبر التعدد.

وأمّا إذا كان المقصود ترجمه دعوى المدّعى أو جواب المدّعى عليه ونحو ذلک، كترجمه فتوى المفتى لمقلّديه أو ترجمه سؤال السائل عن المجتهد فيكتفى فيه بالواحد.

وبالجمله: الميزان فى تمييز أفراد الشهاده عن أفراد الروايه المقابله فى العرف فماكان من الأوّل يعتبر فيه التعدد، وفى غيره يكتفى بالواحد أخذاً بقوله سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنكُمْ»(1) فى الأوّل ربّما دلّ على اعتبار خبر العدل فى الثانى، ولو اشتبه فرد بينهما فيلحق بالشهاده عملاً بالمتفق عليه، ولا دلاله لآيه النبأ على اعتبار قول العدل ونبئه مطلقاً بحيث لا يعتبر فيه التعدد لأنّ غايه مدلولها عدم اعتبار التبيّن فيه فى مقابل اعتباره فى العمل على نبإ الفاسق، ومن الظاهر عدم منافاه ذلک مع اعتبار التعدد كما هو مورد نزول الآيه.

ثم ذكر فى آخر كلامه قدس سره أنّه يمكن أن يقال باعتبار التعدد فى كل ما له دخل فى القضاء أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبينات»، وقوله عليه السلام : «استخراج الحقوق بشهاده رجلين الخ»(2)، وعلى ذلک فيعتبر فى الترجمه التعدد لاباعتبار أنّها ترجمه،

1- (1) الطلاق:2.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4: 176.

....

الشَرح:

بل من حيث إنّها ترجمه للشهاده أو دعوى المدعيأو اعتراف الخصم إلى غير ذلک ممّا له دخل فى موضوع القضاء انتهى.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى أنّ الشهادِه قسم من الخبر، فإنّ الشاهد يخبر بالواقعه الخارجيه فيكون راوياً ومخبراً بها، ولكن يعتبر حضوره الواقعه التى يخبر بها، ولو كان حضور الواقعه بمشاهدتها يعتبر المشاهده، وفيماكان الحضور لها بسماعهايعتبر سماعها إلى غير ذلک والاستعمالات الشائعه فى الكتاب المجيد وغيره، مثل قولهِ سبحانه:«وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ»(1) و «مَا كُنتُ قَاطِعَةً أَمْراً حَتَّى تَشْهَدُونِ»(2) و«وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنكُمْ»(3) إلى غير ذلک تفصح عن اعتبار الحضور والاخبار عن حس.

وليس المراد أنّ الشهاده لا تستعمل فى الخبر بالشىء بمجرد الاعتقاد والعلم كقول القائل: أشهد ان لا إله الاّ اللّه ونحوه، بل المراد انصراف الشهاده إلى ما ذكر من قسم الخبر، ويعتبر فى الخبر بالشىءالعلم به، وإلاّ لدخل القول المزبور فى الكذب أو فى مثل قوله سبحانه: «لاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»(4) إلاّ أن مجرّد العلم واحراز الشىء لا يوجب دخول الخبربه فى عنوان الشهاده به، بل يعتبر فى صدقها العلم بالواقعه بحضورها.

فكل واقعه اعتبر فى ثبوتها الشهاده يعتبر فى المخبر بها التعدد والعلم بها حسياً، وفيما لا يثبت فيه إلاّ اعتبار خبر العدل والثقه يعتبر الخبر بها سواء أكان بحسّ الواقعه أم الاخبار بها مع الواسطه ولا يعتبر الخبر فيما كان المنشأ للعلم مجرّد الحدس إلاّ فيما إذا

1- (1) النور:2.
2- (2) النمل :32.
3- (3) الطلاق: 2.
4- (4) الاسراء: 36.

السابعه: إذا اتخذ القاضى كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً ليؤمن انخداعه[1]، وإن كان مع ذلک فقيهاً كان حسناً.

الشَرح:

اندرج الخبر المزبور فى قول أهل الخبره.

ثمّ لا يخفى أنّ المترجم لا يشهد بالواقعه التى شهد بها الشاهدان؛ لأنّه لم يحضر تلک الواقعه وتقبل ترجمه العدلين شهود الزنا، ولاتكون أيضاً من الشهاده على الشهاده، حيث إنّ الترجمه تقبل فى الشهاده بحدود اللّه مع أنّه لا يسمع فى الحدود الشهاده على الشهاده، بل الترجمه تفسير لشهاده الشاهد والاتيان بالمرادف لكلامهما.

وما فى كلام الجواهر قدس سره من أنّ الظاهر اعتبار التعدد فى المترجم لأنّ الترجمه نظير شهاده الفرع لايمكن المساعده عليه، وكذا ما ذكره أخيراً من اعتبار التعدد فى كل ما له دخل فى القضاء أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله ، وذلک فإنّ ظاهره حصر فصل الخصومه فى الواقعه المتخاصم فيها بالبينه، وأمّا تعيين الواقعه وتمييز المدّعى والمنكر فيها فلا دلاله على كون ذلک بالبينه.

والمتحصل أنّ المترجم للشهاده الواقعه عند الحاكم ولغيرها لا يدخل فى البينه والشاهد للمدعى أو غيره ليعتبر فيه التعدد، بل مقتضى السيره العقلائيه الاعتماد فى الترجمه على الثقه العارف بلغه الشاهدين أو غيرهما، واللّه سبحانه هوالعالم.

[1] ذكر قدس سره أنّ القاضى إذا اتّخذ كاتباً فيعتبر كونه مسلماً بالغاً عاقلاً عادلاً بصيراً لئلا ينخدع، ومجرّد كونه مسلماً عاقلاً بالغاً عادلاً غير كافٍ، بل يعتبر كونه بصيراً بحيث لا ينخدع، فإنّ الكاتب أمين القضاء، فيعتبر كونه على الصفات المزبوره، ولو كان فقيهاً أيضاً لكان حسناً لأنّ الفقاهه كمال للشخص.

وأضاف فى الجواهر أنّه ينبغى أن يكون جيّد الكتابه بلاخلاف أجده فى شىء من ذلک، ثمّ قال: ولكن قد يقال: لا موجب لاعتبار الأوصاف فى الكاتب لأنّ كتابه القضاء

ص :93

الثامنه: الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم [1] وإن عرف فسقهما اطرح و إن جهل الأمر يبحث عنهما، وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدالتهما توقّف حتى يتحقق

الشَرح:

لا تكون حجّه بنفسها لا للقاضى المزبور ولا لغيره، بحيث يعتمد عليها فى الحكم ثانياً، فيما إذا امتنع المحكوم عليه عن انفاذ القضاء بدعوى عدم الحكم عليه.

وبالجمله: ثمره الكتابه تذكر القاضى بقضائه فإن تذكّر قضائه فلايحتاج إلى الأوصاف، وإن لم يتذكر فلاتفيده الأوصاف، وأجاب عن ذلک بأنّ ثمره الكتابه لاتنحصر بمايكون التذكرفيه دخيلاً بل ربّما تكون الكتابه مراسله إلى قاض آخر أو أمراً أو نهياً للسائرين ممّا يكون فيه تغيير وزياده ونقيصه، وإذا كان القاضى بحيث لا يتمكن من ملاحظتها ثانياً فلا بدّ من أن يكون كاتبها بالأوصاف المزبوره.

أقول: يمكن تزوير قضاء القاضى وكتابته بتحريف فتكون ذريعه لدعوى المحكوم عليه بطلان قضائه وكونه على خلاف الموازين ولو مستقبلاً فاعتبار الأوصاف فى الكاتب منع عن وقوع ذلک.

[1] ذكر قدس سره فى هذه المسأله أُمور لعلّها لاتناسب آداب القاضى بل تناسب كيفيه الحكم.

فمنها: انّ القاضى إذا عرف عداله الشاهدين سواء أكان عرفانه عدالتهما بشهاده الشاهدين بعدالتهما من غير ثبوت جرح أم باختلاطه مع الشاهدين وعرفانه عدالتهما وجداناً يحكم على طبق شهادتهما، كما أنّه لو عرف فسقهماكماذكر طرح شهادتهما، وإذالم يعلم حالهما من حيث الفسق والعداله يبحث عن حالهما حتى يتحقق أحدهما.

ولكن ذكر الشيخ قدس سره فى الخلاف جواز الحكم بشهاده من علم اسلامه ولم يعلم فسقه، وبه روايه شاذه لم يعمل بهامعظم الأصحاب، ويستفاد من كلامه قدس سره إنّ الفحص

....

الشَرح:

عن عداله الشاهدين وظيفه الحاكم وأنّه لا يطالب المدّعى بالتعديل.

ويقال بانه يظهر ذلک ممّا ورد فى حكايه فعل النبى صلى الله عليه و آله فى التفسير المنسوب إلى الحسن بن على العسكرى: وأنّه كان يرسل شخصين من قبله لا يعلم أحدهما الآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح وثناء حكم، وإن جاء بشرّ ستر عليهما ودعا الخصمين إلى الصلح، وإن لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عنهما فإن زكّاهما حكم وإلاّ طرحهما.(1)

وفيه أنّ الروايه لضعف السند غير قابله للاعتماد عليها ولادلاله لها أيضاً على أنّ الفحص عن عداله الشاهدين وظيفه الحاكم لأنّ فعله صلى الله عليه و آله لعلّه لتسهيل الأمر للمدّعى المكلّف باقامه البيّنه على دعواه. فإنّ ظاهر ما ورد فى أنّ البيّنه على المدّعى انّ عليه اثبات أنّها شاهدان عدلان، وايضاً ما ورد فى ذيلها من حكمه صلى الله عليه و آله مع تزكيه الخصم لايلتزم به، فإنّ مجرّد تزكيته لاتكفى فى احراز كون شهادتهما بينه، كما لايكون اعترافاً من الخصم بمايشهدان به ليقال ثبوت الدعوى لاعتراف الخصم بها، فإنّه يمكن أن يزكّيهما ويخطّئهما بما يقولان، وعلى كل تقدير فإن بحث الحاكم وثبت عنده عداله الشاهدين يحكم بما شهدا به، ومع عدم ثبوتها لا يمكن الحكم بشهادتهما سواء أظهر الجرح أم لا، وكذا لو علم اسلامهما بل وإيمانهما ولم يعرف عدالتهما، فإنّ مجرّد الإيمان مع عدم احراز الفسق لاتكون عداله، ودعوى أنّ الأصل فى المؤمن العداله لا أساس لها وإن قال به الشيخ قدس سره وحكى عن الاسكافى والمفيد قدّس سرّهما .

وقد يقال فى وجه ذلک إنّ الإسلام والإيمان مع عدم ظهور الفسق عداله، أو أنّه لا يشترط فى قبول الشهاده العداله بل المعتبر فى الشاهد الإسلام والايمان مع عدم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:174.

ما يبنى عليه من عدالهٍ أو جرح، وقال فى الخلاف: يحكم وبه روايه شاذه ولو حكم بالظاهر ثمّ تبيّن فسقهما وقت الحكم نقض حكمه[1].

الشَرح:

ظهور الفسق، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ من رِجَالِكُمْ»(1)، فإنّ مدلوله كفايه الشاهدين من المسلمين وآيه النبأ قد دلّت على الغاء خبر الفاسق أكان فى مقام الشهاده أو غيرها، واستصحاب عدم الفسق يدخل الشاهد فى عموم المستثنى منه، لا يقال: قوله سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ»(2) مقتضاه اعتبار العداله فى الشاهد وبه يقيّد الاطلاق فى الآيه الأُولى، فإنّه يقال: لادلاله للآيه على كونها مقيّده لأنّ الوصف لا مفهوم له.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ صحيحه ابن أبى يعفور الآتيه قد علّقت قبول الشهاده على عداله الشخص المنكشفه بحسن الظاهر، كما إنّها تنافى كون العداله اسلام الشخص وعدم ظهور فسقه، كما أنّها تنافى كون الأصل فى المسلم أو المؤمن العداله، وكذا غيرها من الروايات، وحمل فعل المسلم على الصحّه بمعنى أنّه لا يعصى اللّه سبحانه فيما أمكن أمر آخر ولا يرتبط بمسأله ترتيب آثار العداله على الفاعل، وما ذكر قدس سره من الروايه الشاذه سوف نتعرض لها فى بحث الشهادات، وسنذكر أنّها معرض عنها ومعارضه بما أشرنا إليها من الروايات وموافقه للعامّه فتطرح.

[1] لعلّ المراد أنّه إذا حكم القاضى فى واقعه بشهاده شاهدين قد أحرز عدالتهما بوجه معتبر كما كان فى البين بيّنه بعدالتهما أو باعتقاده عدالتهما الحاصل بالخلطه أو بغيرها، ثمّ بان بعد الحكم فسقهما عند الحاكم، فإنّه ينقض حكمه ويتمكن المحكوم

1- (1) البقره: 282.
2- (2) الطلاق: 2 .

....

الشَرح:

علیه من ترک العمل بقضائه، فیحتاج إلی تجدید الدعوی؛ والوجه فی النقض انکشاف عدم کون الحکم بالبیّنه العادله فلا یکون نافذاً، فیلزم انشاء الإلغاء واعلانه لئلا یفوت علی المحکوم حق أو یتوجه إلیه ضرر.

وقد یناقش فی النقض بأنّه غیرجائز، لأنّ الحکم کان علی موازین القضاء بنظر القاضی حین قضائه.

وبتعبیر آخر: الموضوع لنفوذ حکمه کونه بشهاده رجلین قد أحرز عدالتهما عند حکمه لا العداله الواقعیه، فیکون نظیر جواز الاقتداء، حیث إنّ الموضوع له احرازعداله الإمام عند الإقتداء بصلاته لاعدالته الواقعیه، ولذا لا یکون انکشاف فسق الإمام موجباً لبطلان صلاه المأموم.

ولکن لا یخفی انّ الموضوع للحکم النافذ کونه بالبینه أیبشهاده العدلین، ونظر القاضی واحرازه طریق إلی ما هو الموضوع لنفوذ حکمه وجوازه، وبانکشاف عدم عداله الشاهدین یعلم عدم تحقق الحکم النافذ، ودعوی أنّ العداله احرازها شرط لم یعلم لها وجه صحیح، بل الأمر فی الائتمام أیضاً کذلک حیث إنّ الموضوع لجواز الائتمام عداله الإمام.

وما فی بعض الروایات: «لاتصلّ إلاّخلف من تثق بدینه»(1)، لا یدل علی کون الموضوع لجواز الائتمام الوثوق بعداله الإمام، حیث إنّ ظاهره أخذ الوثوق والعلم و نحوهما فی خطاب الحکم بما هو طریق لا لدخله فی موضوع الحکم، ولا أقل من حمله علی ذلک جمعاً بین الروایات وعدم اعاده الصلاه بعد انکشاف بطلان الجماعه لحدیث لاتعاد، والروایه الوارده لاتتعدی عن مدلول الحدیث.

1- (1) الوسائل: 4، الباب 10 من أبواب صلاه الجماعه، الحدیث 2:389.

....

الشَرح:

هذا كلّه فيما إذا انكشف فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهاده، أمّا إذا انكشف طريان الفسق بعد الحكم أو قبله وبعد الشهاده فلا موجب لجواز النقض؛ لأنّ الحكم كان بالبينه العادله، وكذا فيما لم يعلم طريان الفسق حال شهادتهما أو بعده، فإنّ مقتضى الاستصحاب في عدالتهما حال شهادتهما مقتضاه نفوذ القضاء بشهادتهما، بل يمكن الأخذ بأصاله الصحّه فى حكمه كما لا يخفى.

وقد ذكر فى الجواهر أنّ ما ذكر فيما اتّفق العلم للحاكم بفسق الشاهدين، أمّا إذا عثر المحكوم عليه بعد القضاء على جارح الشاهدين وأراد تجديد الدعوى فإنّه لا يجوز التجديد فإنّ جوازه يناقض نفوذ القضاء وفصل الخصومه، ويكشف عن ذلک قولهم بأنّه يمهل ثلاثه أيّام لو ادّعى وجود الجارح، فإنّ مقتضاه أنّه لا يفيد الظفر بالجارح بعد تلک المدّه فيما حكم الحاكم، ولا يوجب دعواه الجارح بعد المدّه توقف الحاكم عن حكمه.

أقول: هذا فيما إذا قيل بأنّ الاتيان بالجارح وظيفه المحكوم عليه، وإذا لم يأت به وقت الحكم وحكم القاضى فى الواقعه فلا ينقض الحكم، نظير ما إذا حكم فى واقعه بحلف المنكر مع عدم اتيان المدّعى بالبيّنه ثم ظفر بالبيّنه فإنّ الظفر عليها لا يفيده بعد الحكم، كما يشهد بذلک بعض الروايات، وكذا فيما إذا قيل بأنّ الفحص عن الجارح وظيفه الحاكم وقد فحص عنه بالمقدار اللازم.

أمّا إذا ادّعى المحكوم عليه ترک القاضى الفحص عن الجارح مع وجوده حال الحكم أو تمكن الحاكم من احراز حال الشاهدين للشياع المفيد للعلم بفسقهما فهذا يدخل فيما تقدم من دعوى المحكوم عليه أنّ الحاكم قد حكم عليه مع فسق الشاهدين أو عدم ثبوت عدالتهما.

ولايجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر[1]، وينبغيأن يكون السؤال عن

الشَرح:

[1] حاصله عدم جواز الشهاده بعداله شخص اعتماداً على حسن ظاهره، بأن لا يرى المعاشر له فى غير خفاياه إلاّ الخير والمواظبه على وظائفه الشرعيه كالصلاه فى أوقاتها، لأنّ العداله كإعسار الشخص يمكن اختلاف خفايا الشخص مع ظاهره، وربّ شخص ظاهره الفقر وفقد المال وباطنه على خلاف ظاهره، وكذا الحال فى العداله خصوصاً فى ما إذا كان متصدياً لبعض ما هو من شؤون العادل، كالإمامه فى الصلاه، بل يعتبر فى احراز عداله الشخص المعرفه المتقادمه بباطنه، بأن يعرف أنّ باطنه وخفاياه أيضاً حسن كظاهره فتكون المعرفه كذلک بطول المعاشره ليمكن له احراز ملكه العداله، هذا بحسب احرازها.

وأمّا بحسب أداء الشهاده بها فتكفى الشهاده بها مطلقه، أيبلاحاجه إلى تفسير عدالته بأن يصرّح له ملكه اجتناب الكبائر التى هى عباره عن المعاصى الفلانيه وانه يترک الإصرار على الصغائر التى هى عباره عن المعاصى الفلانيه، فإنّ التفسير كذلک لايحتمل اعتباره لعسره نوعاً وينبغى للحاكم أن يسأل الشاهد بعداله الشاهد سرّاً لأنّ السؤال وأداء الشهاده سرّاً يجعل الشاهد بالعداله بعيداً عن التهمه، بأنّه يشهد بالعداله حياءً أو خوفاً وتقيه، أو لغير ذلک من الدواعى، هذا كلّه فى التعديل.

وأمّا الجرح فلابدّ من تفسيره فى مقام أداء الشهاده، لعدم العسر، حيث يكفى فى الجرح ذكر سبب واحد للفسق، خلافاً للشيخ قدس سره ، حيث اكتفى فيه أيضاً بالاطلاق لعدم حاجه معرفه فسق الشخص إلى المعرفه الباطنه المتقادمه لحصول الفسق بفعل واحد وكفايه احرازه به.

أقول: لاينبغى التأمّل فى أنّ حسن الظاهر طريق معتبر إلى عداله الشخص، ومع احراز القاضى حسن ظاهره بالوجدان يقبل شهادته، فيكون قيام البينه بالحسن كعلمه

التزكيه سرّاً فإنّه أبعد من التهمه ويثبت مطلقه[1]، ويفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقادمه ولا يثبت الجرح إلاّ مفسراً، وفى الخلاف يثبت مطلقاً.

الشَرح:

وجداناً بها كما هو ظاهر صحيحه ابن أبى يعفور(1)، وفى موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكملت مروته وظهر عدله ووجبت اخوته»، ولا تنافى بينها وبين الصحيحه لتعدد حسن الظاهر المجعول كل منهما طريقاً إلى عداله الشخص.

ثمّ إنّه بما أنّ حسن الظاهر طريق إلى العداله فلايعتبر فى صوره العلم بباطن الشخص وكون خفاياه على خلاف ظاهره، كما انّه لايسقط هذا الطريق عن الاعتباربالعلم اجمالاً بأنّه قد صدر عن الشخص فى خفاياه بعض الحرام ولو صغيراً فى بعض الأوقات.

لأنّ مع احتمال التوبه يكون حسن ظاهره معتبراً لاحتمال اصابه حسن الباطن ولو قلنا كما هو الصحيح بأنّ الصغيره أيضاً بلا توبه كالكبيره بدونها قادحه فى العداله كما هو غير بعيد، على مايأتى فى بحث العداله فى مباحث الشهادات.

[1] قيل فى وجه التفرقه بين التزكيه والجرح باعتبار التفسير فى الثانى دون الأوّل بأنّ التفسير فى الأوّل يحتاج إلى تعداد الكبائر والاصرار على الصغائر والشهاده بالترک بالملكه الحاصله له وترک ما ينافى المروه، وهذا أمر حرجى على المزكّى لايحتمل اعتباره، بخلاف الجرح فإنّه يكفى فى ثبوته سبب واحد، ولأنّ الاختلاف فى كون بعض المعاصى كبيره أم لا ، يوجب بيان السبب ليرى الحاكم إنّه موجب للفسق أم لا.

وأورد على ذلک فى الجواهر بماحاصله: إنّ الاختلاف فى كون بعض المعاصى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 1:288.

....

الشَرح:

كبيره كما أنّها توجب فسق فاعلها عند من يراها كبيره، كذلک أنّها لا تقدح فى العداله مع عدم الاصرار عليها عند من لايراها كبيره، وإذا شهد المزكّى بالعداله واحتمل القاضى انّ الشخص يرتكب مايراه كبيره ممّالايراه المزكّيأنّها كبيره فكيف يقبل شهادته بالعداله مطلقه ولا يقبل شهادته بالفسق بلا تفسير.

ثمّ قال: الأقوى كفايه الاطلاق فى الشهاده بالعداله والفسق، لا لأنّ الحاكم يحرز كلاًّ من المزكّى والجارح عارف بالمعاصى الكبيره والصغيره ومايناف‌ى المروه وما لاينافيها، وإلاّلم يصحّ لهما الشهاده بالعداله بالفسق ومع احرازه كذلک لا موجب لسؤاله عنهما التفسير، وذلک فإنّ الاحراز فيما إذا علم الحاكم بأنّ كلاًّمن المزكّى والجارح يعرف أسباب الجرح والتعديل على طبق مذهبه بأن كانا مقلدين للحاكم المزبور أو من يوافقه فى الفتوى، بل الوجه فى كفايه الاطلاق ماهو معلوم من طريقه الشرع من حمل شهاده المزكّى والجارح على العدل والفسق الواقعيين، ولو مع اختلاف الاجتهاد فى الواقع، نظير سائر الموارد من الشهاده بالملک أو الطهاره أو الزواج وغير ذلک من موارد الشهاده بالمسببات مع وقوع الاختلاف فى بعض أسبابها.

وأنكر بعض الأعاظم هذا الكلام وذكر أنّ السيره على قبول الشهاده بالعدل أو بالفسق أو الملک أو غيرها ممّا وقع الخلاف فى أسبابه مطلقاً غير محرز، بل المحرز ثبوتها فيما لا اختلاف فى الأسباب أو علم بالقرائن اتفاق المذهبين.

أقول: مقتضى السيره هو الحمل على الواقع إلاّ مع احراز الاختلاف، ومعه لا يفرق بين التعديل والجرح.

ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم اعتبار البيّنه فى التعديل والجرح ولكن لايبعد دعوى اعتبار خبرالعدل الواحد؛ لأنّه طريق معتبر فى الأحكام والموضوعات التى لا يدخل

ولايحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه ويكفى العلم بموجب الجرح، ولو اختلف الشهود فى الجرح والتعديل قدّم الجرح لأنّه شهاده بمايخفى على الآخرين، ولو تعارضت البينتان فى الجرح والتعديل قال فى الخلاف: توقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً [1].

الشَرح:

فى عنوان الدعوى وبعض الموضوعات التى اعتبر الشارع فى ثبوتها طريقاً خاصاً، ولذلک يمكن للحاكم فى التعديل والجرح الاعتماد على الاستصحاب، ولو كانت عداله المخبر أو الشاهد من قبيل الدعاوى لما أمكن اعتماده عليه فيهما، وأيضاً يشكل التعديل أوالجرح فيما إذا تعارضت البينه وخبرالعدل، كما هو الحال فى تعارض خبر عدل فى الأحكام مع خبر عدلين آخرين.

[1] ومراده قدس سره إنّ الجرح شهاده بما يخفى على الاخرين والمزكّى فى الغالب يشهد بأنّه لم ير من الشاهد المعصيه والجارح يشهد بأنّه يراها منه، ولا منافاه بين عدم رؤيه شخص ورؤيه شخص آخر.

وفى الجواهر: انّه يتم فيما إذا لم يعين الجارح وقت المعصيه، وأمّا مع التعيين وشهاده المزكى انّه كان فى ذلک الوقت فى المسجد أو غيره من الأمكنه فيقع التعارض لا محاله.

أقول: مع أنّه قد يقدم قول المزكى كما إذا ذكر الجارح أنّه رأى منه المعصيه الفلانيه وقال المزكى أنّه عدل فعلاً وانّه لو وقع منه ما ذكرت فقد تاب منه فعلاً، ولكن مع تعارض ما أخبرا به أيضاً تكون النتيجه تقديم قول الجارح؛ لأنّه إذا لم تتم البينه على المدعى عليه تصل النوبه إلى استحلافه.

وعن الشيخ قدس سره فى الخلاف انّه مع اختلاف الشهود فى التزكيه والجرح توقف الحاكم عن الحكم، ويأمر المتخاصمين بالمصالحه، ولا يتوجه اليمين إلى المنكر؛

التاسعه: لابأس بتفريق الشهود [1]، ويستحب فيمن لا قوّه عنده.

الشَرح:

لاحتمال كون الشهاده بالدعوى بيّنه ومعها لاتصل النوبه إلى اليمين.

وفيه أنّه لو تم ذلک لاقتضى التوقف عن الحكم أيضاً فيما كان لدعوى المدّعى شاهدان لم يثبت عدالتهما لعدم المزكّى لهما.

والحلّ إنّ شهاده العدلين إنّما تكون بيّنه فعلاً للحاكم فيما إذا تمكن من احراز عدالتهما، مع أنّه يمكن احراز عدم عدالتهما بالاستصحاب الجارى فى عدم حدوث ملكه العداله أو حسن الظاهر أو الاستقامه فى الدين لهما، لأنّ كلّ ذلک من الأمر الحادث المسبوق بالعدم، ولا يعارض باستصحاب عدم حدوث الفسق، حيث انّ الفسق لا أثر له فى المقام، وأنّ الموضوع والمستند لحكم القاضى عداله الشاهدين كما تقدم.

[1] ذكر فى الجواهر أنّه لا يجوز للقاضى تفريق الشهود والسئوال عن كل واحد من غير علم الآخر عن خصوصيات الواقعه التى يشهدون بها ليعلم صدقهم باتفاق كلمتهم أو كذبهم باختلاف قولهم وتشتت كلامهم أو بغير ذلک، ويستحب ذلک فى مورد الريبه، كما إذا لم يكن للشاهد قوه عقل بحيث يحتمل تلبيس الأمر عليه أو توافق الشهود على الشهاده غلطاً، كما يشهد بذلک فعل دانيال عليه الصلاه والسلام فى شهود الزنا(1)، ومافعل داود عليه الصلاه والسلام فى منكرى قتل صاحبهم وأخذهم ماله(2)، أضف إلى ذلک قوله سبحانه لنبيه صلى الله عليه و آله من الأخذ بهداهم بقوله: «فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ».(3)

لايقال: قد نسخت الأحكام الثابته فى الشرائع السابقه بشريعتنا، فاستجاب التفريق

1- (1) الكافى7:425، التهذيب 6:308.
2- (2) الكافى7:372.

3- (3) الانعام :90.

....

الشَرح:

فى شرعهم لا يقتضى الاستحباب فى شريعتنا، فانّه يقال ليس المراد من نسخ الشرائع السابقه بشريعتنا نسخ كل واحد واحد من تلك الأحكام، ولا ينافى الأمر ببعض ما كان فى تلك الشرائع. وأيضاً يلاحظ المروى من فعل على عليه السلام فى سبعه خرجوا فى سفر ولم يرجع واحد منهم من تفريق السته الراجعين(1)، بل يظهر منه أنّه يجوز للقاضى التوسل إلى معرفه الحق بكل وسيله مباحه فى نفسها كالتكبيره فى الناس ونحوها. وفى المسالک أنّ التفريق قبل أن تتم البينه فى الواقعه وقبل طلب الحكم، كما إذا كان التفريق قبل تزكيه الشهود، وإلاّ لم يجز ترک الحكم والتفتيش عن الحق حتى فى فرض ثبوت الريبه. فإنّ مجرد الريبه لاتمنع عن الحكم بعد تمام مقدمات الحكم وطلب المدّعى، ودعوى أنّه لا دلاله فى البين على وجوب الحكم على القاضى مع ثبوت الريبه وإن طلب المدّعى الحكم، كما عن بعض، لايمكن المساعده عليها.

وعلى ذلک فاللازم حمل جواز التفريق واستحبابه فى كلام المصنف قدس سره إلى ما قبل تمام مقدمات الحكم، أو على مقام اداء الشهاده، حيث إنّ أداء الشهاده تفريقاً أحد فردى الأداء، والقاضى مخيّر بينهما، ويستحب الاداء التفريقى مع ثبوت الريبه؛ انتهى.

أقول: إذا تمت مقدمات الحكم وطلب المدعى القضاء فلادليل على عدم جواز تأخير القضاء فيما إذا كان فى البين ريبه إذا احتمل القاضى تدارک المظلمه والعلم بالواقع مع التأخير وتفريق الشهود والسؤال من كل واحد منهم من غير اطلاع الآخرين، فإنّ هذا التأخير لا ينافى القيام بالقسط والحكم بما أنزل اللّه، ولا الدليل السابق المذكور على وجوب القضاء حفظاً للأمن واستيفاء حقوق بعض الناس من بعضهم الآخرين.

1- (1) الكافى7: 317، والوسائل: 18، الباب 20 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:204.

ما يعتبر فى الشهاده بالجرح

العاشره: لا يشهد شاهد بالجرح إلاّ مع المشاهده لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلک فى الناس شياعاً موجباً للعلم[1]، ولا يعوّل على سماع ذلک من الواحد والعشره لعدم اليقين بخبرهم.

الشَرح:

نعم المنقول من دانيال عليه السلام ظاهره تفريق أهل الدعوى فى سماع دعواهم، ولكن صدر الروايه الوارده فى قضاء علىّ عليه السلام فى قضيه اليتيمه من قبيل تفريق الشهود، إلاّ أنّ الزنا حيث لا يثبت بشهاده النساء منفرده فيمكن أن يكون تفريقهن للتوسل إلى الواقع ودفع المظلمه المحتمله من غير أن يكون فى البين تأخير القضاء.

ويستفاد من المروى فى قضيه داود عليه السلام أنّه يجوز للقاضى محاكمه المتهم بنظره لتدارک المظلمه المحتمل وقوعها، وإن لم يكن دعوى من ذى الحق لعدم جزمه بدعواه.

ويقوى هذا الجواز فيما كان فى البين اقتضاء التحفظ على أمر النظام وأمن البلاد، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] لا يخفى أنّ الفسق كغيره من الأُمور يعتبر فى الشهاده به من احرازه حسّاً، والمراد حسّ المشهود به أو حسّ مالاينفک عن المشهود به عاده، ولذاتمكن الشهاده بالشىء اعتماداً على الاستفاضه الموجبه للعلم به عاده، حيث لا تنفک هذه الاستفاضه عن ثبوته، بخلاف الشهاده بالشىءاعتماداً على استصحابه أو خبر العدل به ونحو ذلک ممّا لايكون حسّاً بذلک الشىء ولاعلماً به عاده، نعم لو كان ذلک الشىء ممّا يعتبر فيه الخبر به فيمكن الاعتماد على الاخبار به، وقد تقدم انّ عداله الشاهد يعتبر فيه الخبر به ولايتعين الشهاده به، ولذا يمكن للقاضى الاعتماد على استصحاب عداله الشاهد، كمايعتمد فى تعديل الرواه وتوثيقهم على نقل القدماء من أهل الرجال فى تشخيص حال الرواه.

....

الشَرح:

ودعوى الاجماع على اعتبار الشهاده فى ثبوت العداله، كما عن جماعه، لا يمكن المساعده عليها، وكيف تمكن هذه الدعوى مع تصريحهم بجواز اعتماد القاضى على الاستصحاب فى عداله الشاهد.

نعم يعتبر فى ثبوت الفسق الموجب للحد أو التعزير، الشهاده، على ما تقرّر فى بحث الحدود.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار الحسّ فى الشهاده هو القاعده الأوّليه. وقد يقال بجواز الشهاده ببعض الامور مع عدم الحسّ بها كالشهاده بالملک اعتماداً على اليد وبالعداله اعتماداً على حسن الظاهر، ونحو ذلک ممّا قيل بأنّ ذلک مقتضى الأدلّه الخاصّه الوارده فى مواردها، ويأتى البحث فى بعضها أو جلّها فى بحث الشهادات ان شاء اللّه تعالى.

وقد ذكر فى الجواهر أنّه لا يكفى فى شهاده بالفسق مجرّد مشاهده الفعل المحرم، بل يعتبر العلم بصدوره عنه على وجه المعصيه، ولا اعتبار بالظن بصدوره عنه كذلک، ودعوى انّ للأفعال ظهوراً كالأقوال، فكما يمكن الاعتماد على الظهور فى الثانى يعتمد على الظهور فى الأوّل لايمكن المساعده عليها؛ فانّ الفعل بما هو ليس له ظهور وإنّما يحصل الظهور من بعض المقارنات، فإن أفاد تلک المقارنات العلم فهو، وإلاّ فلا يجوز الشهاده بالفسق، لأنّه من الظن الذى لا يغنى من الحقّ شيئاً، نعم لاعبره بالاحتمال الذى لا يعتدّ به ولا ينافى الجزم فى العاده.

أقول: دلاله الفعل كدلاله اللفظ بالاضافه إلى مدلول الفعل انشاءً أو اخباراً بالدلاله العرفيه فاعطاء المال الفقير ظاهره تمليكه إيّاه، فيجوز له تمليكه الغير مجاناً أو بلاعوض، وأمّا كون الفاعل ملتفتاً إلى عنوان الفعل حين الارتكاب أو غافل عنه أو أنّه كان مكرهاً على ارتكابه أو مضطراً أم لا، فمثل ذلک لا تدخل فى دلاله الفعل لا عقلاً

....

الشَرح:

ولاعرفاً، فلابد من احراز ذلک من الخارج.

بقی فی المقام أُمور:

منها: أنّ الشاهدين فی الواقعه إذا کانا عدلين عند القاضی ولکن اعترف المدعی بفسقهما فهل يجوز للحاکم الحکم بشهادتهما؟ فقد يقال بجوازه فإنّ ميزان القضاء احراز القاضی کون شهادتهما بينه، والمفروض تحقق ذلک فلا إعتبار باحراز المدّعی أو اعترافه کما لا اعتبار بنظر خصمه، وقد يقال: بأنّه لايصحّ له الحکم لاعتراف المدّعی بعدم الأثر لشهادتهما، حيث إنّ المعتبر فی القضاء عداله الشاهدين واقعاً، واحراز القاضی يعتبر طريقاً، لا أنّه تمام الموضوع لجواز القضاء.

أقول: احراز القاضی عداله الشاهدين وإن کان موضوعاً لجواز القضاء بشهادتهما تکليفاً إلاّ أنّ المدّعی مع عدم احرازه ثبوت حقّه واقعاً لايمکن أن يرتب علی قضائه أثر الواقع والقضاء النافذ، فلايجوز له مطالبه القاضی بحبس المدّعی عليه بالدين الذی شهد به الشاهدان، کمايجوز للمدعی عليه الإمتناع عن اداء الدين المزبور أخذاً باعترافه فسق الشاهدين وکون القضاء ليس علی الموازين.

ومنها: ماذکره جماعه أنّه يجوز للحاکم الحکم مع عدم احراز عداله الشاهدين بالاعتماد علی تصديق المدعی عليه عدالتهما، لأنّ اعترافه بعدلهما اعتراف بثبوت الحکم النافذ بشهادتهما، ويدلّ علی ذلک ماعن تفسير العسکری عليه السلام من فعل رسول اللّه صلی الله عليه و آله واقباله علی المدعی عليه وسؤاله ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلاّ خيراً غير أنّهما قد غلطا فيها شهدا علیّ أنفذ شهادتهما.(1)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب کيفيه الحکم، الحديث 1:174.

ولو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبيّن ماينافيها، وقيل: إن مضت مده يمكن تغيّر حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولاحدّ لذلک بل بحسب ما يراه الحاكم.

الحاديه عشره: ينبغى أن يجمع قضايا كل اسبوع[1] ووثائقه وحججه ويكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه من شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنه جمعه ثم كتب عليه قضاء سنه كذا.

الشَرح:

ولكن تقدم انّ الروايه لا يمكن الاعتماد عليها كما تقدم، وان نفوذ الحكم فرع جوازه تكليفاً وإذا لم يحرز القاضى عداله الشاهدين بوجه معتبر فلا يجوزله القضاء تكليفاً ليكون ذلک الحكم نافذاً على المدعى عليه باعترافه أو بدونه.

[1] المراد من جمع قضايا كل اسبوع جمعها فى الكتابه وضبطها فى ديوان الحكم بأن يكتب ولو بأمره كاتبه كل واحد من الوقائع المرفوعه إليه وأربابها بأسمائهم وحكمه فيها، وأنّه قد حكم فى الواقعه الفلانيه بكذا بالبينه الفلانيه أو باقرار المدعى عليه أو بيمين المنكر أو اليمين المردوده، ثمّ يجمعها ويكتب عليها انّها قضايا القاضى فلان بن فلان فى اسبوع كذا من شهر كذا ومن سنه كذا.

وإذا جمع قضايا الشهر يكتب عليها إنّها قضايا فلان بن فلان فى شهر كذا من سنه كذا واذا جمع قضايا الشهور يكتب عليها انها قضايا القاضى فلان بن فلان فى سنه كذا، كل ذلک لتسهيل المراجعه إلى الواقعه المرفوعه إليه وحكمه فيها عند الحاجه منه أو من غيره، يعنى القاضى الذى يجىء من بعده، فإنّ الكتابه وان لم تكن من شرائط القضاء ونفوذه، إلاّ أنّها من آدابه ومستحباته، لأنّ بها نوع سعى فى حوائج الناس وتحفظ على حقوقهم.

بل لا يبعد وجوبها إذا طلبها ولىّ الأمر الذى نصبه للقضاء رعايه للأمن وحقوق

....

الشَرح:

الناس، و مع عدم الأمر يستظهر مطلوبيتها واستحبابها من معتبره عقبه بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث سأل عليه السلام غيلان بن جامع قال: «كيف تقضى ياغيلان؟ فأجاب: أكتب هذا ماقضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنه كذا ثم أطرحه فى الدواوين، قال: قلت: هذا هوالحتم من القضاء».(1)بل يستظهر من قوله سبحانه: «إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى اَءَجَلٍ مُسَمّىً فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ» الآيه(2)، بدعوى أنَّ القضاء أولى بالتحفظ عليه من الدين، وإذا كانت كتابه الدين للتحفظ مطلوبه فهى فيأمر القضاء أولى.

هذا بالاضافه إلى الكتابه للإيداع فى الديوان، وأمّا إذا طلب المحكوم له كتابته لتكون حجه عنده فلا دليل على وجوب الاجابه، حتى فيما إذا بذل الملتمس المال، وان نسب وجوبها إلى الاشهر، إلاّ أنّه لا دليل عليه فضلاً عن وجوبها مجاناً، والتمسّک فى ذلک بقوله تعالى: «وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ»(3) لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الوجوب فى مورد الآيه غير ثابت فضلاً عن التعدى عنه إلى المقام، حيث إنّ الكتابه ليست شرطاً فى الدين ولا واجباً فيه.

نعم إذا توقف وصول المحكوم له إلى حقّه عليها، كما إذا نصب ولىّ الأمر لانفاذ القضاء شخصاً آخر لا يعلم الحق إلاّ بالكتابه أو شرط عليه فى الانفاذ كتابه القاضى لزم الكتابه، وهذا أمر آخر، ويجوز للقاضى أخذ الأُجره على الكتابه كما تقدم سابقاً، والوجه فى اللزوم أنّ القضاء بغير انفاذه لا يثمر فيأمن البلاد واستيفاء بعض الناس حقوقهم من بعضهم الآخر ولكن الواجب الكتابه لا اعطاء القرطاس والمداد ونحوه.

1- (1) الكافى7: 429.
2- (2) البقره: 282.
3- (3)البقره :282.

الثانيه عشره، كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابه المحضر فإن حمل له من بيت المال مايصرفه فى ذلک وجب عليه الكتابه، وكذا ان أحضر الملتمس ذلک من خاصه ولايجب على الحاكم دفع القرطاس من خاصّه.

الثالثه عشره: يكره للحاكم أن يعنت الشهود [1] إذا كانوا من ذوى البصائر، والأديان القويه مثل أن يفرّق بينهم، لأنّ فى ذلک غضاً منهم، ويستحب ذلک فى موضع الريبه.

الرّابعه عشره: لا يجوز للحاكم أن يُتعتع الشاهد[2]، وهو أن يداخله فى التلفّظ بالشهاده أو يتعقبه، بل يكفّ عنه حتى ينهى ما عنده، وإن تردد. ولو توقف فى الشهاده لم يجز له ترغيبه إلى الإقدام على الإقامه، ولا تزهيده فى إقامتها وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه. ويجوز ذلک فى حقوق اللّه تعالى، فان الرسول صلى الله عليه و آله قال لما عز! عند اعترافه بالزنا «لعلّک قبّلتها لعلک لمستها» وهو تعريض بايثار الاستتار الشَرح:

نظير ما يقال من أنّ الواجب هو تكفين الميت لا اعطاء الكفن فإنّه مقتضى قاعده نفى الضرر، وأيضاً الواجب نفس الكتابه لا الكتابه مجاناً، وقد ذكرنا فى بحث أخذ الأُجره على الواجبات أنّ مجرّد وجوب فعل على مكلف لا يمنع عن أخذه الأُجره عليه ممن يستفيد من ذلک الفعل، بل المانع عدم الماليه لذلک الفعل أو الغاء الشارع الماليه بايجابه على المكلف مجاناً، حيث يدخل بذلک أخذ الأُجره عليه فى أكل المال بالباطل.

[1] الاعنات: ادخال المشقه والأمر الشاق ولو بملاحظه حال الشخص، كما لو كان الشاهدان من أهل البصيره والذهن والقوى، فيكون التفريق بينهما فى مقام اداء الشهاده والاستفسار والاستقصاء من خصوصيات المشهود به، بحيث يوهم كون شهادتهما مورد الريبه مكروهاً، بخلاف ما إذا كان الشاهد فى شهادته مورد الريبه، فإن التفريق والسؤال عن خصوصيات المشهود به مرغوب إليه كما تقدم.

[2] حاصله أنّه لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد بأن يتداخل أثناء شهاده الشاهد

....

الشَرح:

بكلام ليتكلم به فى شهادته، أو يعرض عمّا يريد التكلّم به، أو يتكلّم الحاكم بكلام عند تمام شهادته ليجعله الشاهد تتمه لشهادته، كل ذلک بقصد ايقاع الشاهد و هدايته إلى شهاده تنفع المدعى أو تضرّه، ولو بأن تكون مسموعه أو مردوده.

وعن المسالک عدم الفرق فى عدم جواز ذلک بين كون الشاهد مريداً التكلم به فى ضمن شهادته أو تعقيبها به أم لا وقرّره فى الجواهر فيما كان قصد الحاكم من مداخلته ما ذكر من انتفاع المدّعى أو تضرّره وكون شهادته مسموعه أو مردوده، و أضاف إليه عدم الفرق فيما ذكر بين مداخله القاضى وغيره سوى الخصم حيث يجوز له المداخله.

والوجه فى عدم الجواز أنّ فى المداخله المزبوره تضييع حق وترويج باطل ونحوهما ممّا هو معلوم حرمته من غير الحاكم فضلاً عن الحاكم.

نعم إذا لم يكن فى المداخله المزبوره تضييع حق أو ترويج باطل أو غيرهما من الحرام بل كان من الإعانه على ابراز مقصده ونحو ذلک فيشكل الحكم بحرمته والأصل الجواز.

وأيضاً لو تردد الشاهد أثناء شهادته لم يجز للحاكم ترغيبه فى الشهاده باقامتها أو إكمالها، كما لايجوز تزهيده فى الشهاده وايقاعه فى الشک فى المشهود به بعد كونه جازماً بالشهاده به.

والوجه فى عدم الجواز بأنّ الأوّل أمر بالمنكر، حيث لا يجوز الشهاده مع الترديد، وفى الثانى نهى عن المعروف أى اقامه الشهاده، ولا يختص هذا بالشاهد، بل لايجوز ايقاف الخصم عن اقراره بحق المدعى فإنّه ظلم لغريمه.

نعم يجوز هذا الايقاف فى حدود اللّه، كما يظهر ذلک ممّا فعله النبى صلى الله عليه و آله فى قضيه ماعز عند اعترافه بالزنا: «لعلّک قبّلتها»(1) على المروى فيها.

1- (1) سنن البيهقى8: 226، نيل الأوطار 7: 104، باب استفسار المقر بالزنا.

الخامسه عشره: يكره أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه [1].

السادسه عشره: الرُشوه حرام [2] على آخذها ويأثم الدافع لها إن توصّل بها إلى الحكم له بالباطل ولو كان إلى حق لم يأثم، ويجب على المرتشى إعاده الرشوه إلى صاحبها ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.

الشَرح:

أقول: يظهر ذلک من صحيحه مالک بن عطيه وغيرها أيضاً من المرويات فى الحدود.

وما ذكر من عدم جواز الترغيب فى اقامتها فيما إذا لم يحرز الحاكم إنّه عالم بالحق والواقع وإنّه كان حاضراً فى الواقعه وإنّ تردّده فى اقامتها بسبب تردّده فى بعض الخصوصيات التى لا دخل لها فى ثبوت الموضوع كزمان الواقعه ومكانها فالأظهر فى مثل ذلک جواز الترغيب، فإنّه داخل فى الأمر بالمعروف، وكذا يجوز تزهيده فيما إذا احتمل أنّ اقامتها لعدم التفاته فعلاً بما يجب على الشاهد رعايته كالعلم بالواقعه بالحسّ خصوصاً إذا كان التزهيد قبل اقامتها، فإنّ هذا التزهيد غير داخل فى النهى عن المعروف.

[1] يكره للقاضى أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه، لما فى ذلک تهمه ميل القاضى إليه. وفى معتبره السكونى: «إنّ رجلاً نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أيّاماً ثمّ تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحوّل عنّا فانّ رسول اللّه نهى أن يضاف الخصم إلاّ و معه خصمه»(1)، ومناسبه الحكم و الموضوع مقتضاها الكراهه؛ لأنّ الضيافه المزبوره لادخل لها فى الخصومه والقضاء إلاّ نحو ايهام الميل إليه كما لا يخفى.

[2] قد تكلّمنا فى المكاسب المحرّمه فى حكم الرشا الحكم، بالاضافه إلى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من آداب القاضى، الحديث 2: 157.

السابعه عشره: إذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره[1] [إذا كان حاضراً، سواء كان حرّر المدّعى دعواه أو لم يحرّرها، وأمّا لوكان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحرّر الدعوى، والفرق المشقه فى الثانى وعدمها فى الأوّل، هذا إذا كان فى بعض مواضع ولايته وليس له هناک خليفه يحكم، وإن كان فى غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه وإن كان غائباً، ولو ادّعى على امرأه فإن كانت برزه فهى كالرجل، وإن كانت مخدّره بعث إليها من ينوبه فى الحكم بينها و بين غريمها.

الشَرح:

الراشى والمرتشى تكليفاً وفى حكمه وضعاً وبيان مصاديقه، وكذا فى حكم الهديه للقاضى، ولا حاجه إلى اعادته فى المقام.

[1] وحاصله أنّه إذا طلب أحد الخصمين من القاضى احضار خصمه مجلس الحكم وكان ذلک الخصم حاضراً فى البلد لزم على الحاكم الاجابه باحضاره، بلافرق بين التماسه قبل تحرير دعواه أو بعده، وبلافرق بين كون خصمه من ذوى الشرف والمروّات وعدمه، وبلافرق بين كون الاحضار بكتابه يدفعها إلى المدّعيأو إلى غيره من أعوانه أو أعوان الحكومه، ومع امتناعه عن الحضور استعان بهم على احضاره، كل ذلک مقتضى اطلاق كلامه قدس سره وادّعى على وجوب الاجابه لالتماس الخصم ولو قبل تحرير الدعوى فى صوره كون الخصم حاضراً فى البلد الاجماع، وان خالف الاسكافى فيما إذا كان الخصم من أهل الشرف والمرّوات.

و أمّا إذا لم يكن الخصم حاضراً فى البلد فلايجب على الحاكم أن يعده أى أن يمهله للحضور إلاّ مع تحرير الدعوى و وجدان القاضى دعواه مسموعه، والفرق يبن حاضر البلد والغائب عنه تيسّر الحضور فى الحاضر وعدم تيسّره فى الغائب.

والاحضار بعد تحرير الدعوى يختص بما إذا كان الغائب فى موضع يدخل فى ولايه القاضى ولم يكن فيه للقاضى خليفه، ولو كان فيه خليفه له يقال تسمع القاضى

....

الشَرح:

بينه المدعى إن كانت، وأرسل إلى خليفته أن يحكم فى واقعتهما.

وإن لم يكن ذلک البلد داخلاً فى ولايته حكم فى الواقعه مع غياب الخصم ان كانت للمدعى بينه كما سيأتى فى القضاء على الغائب، وإن رضى المدّعى بالحضور إلى ذلک البلد ليحكم القاضى فى ذلک البلد بينهما أرجع الواقعه إلى ذلک الحاكم.

هذا كلّه فيما إذا كان الخصم رجلاً، أمّا إذا كانت امرأه فان كانت برزه يعنى من النساء التى من عادتهن البروز لحوائجهن وحضور مجالس الرجال فهى كالرجل فيما ذكر، وأمّا إذا كانت مخدره تمتنع من الخروج إلى حوائجها من غير ضروره ولا تخرج إلى مجالس الرجال بعث إليها من يثق به ليحكم بينها وبين غريمها.

أقول: لا موجب على القاضى فى توجيه الطلب إلى الخصم بالحضور مجلس الحكم قبل تحرير المدّعى دعواه من غير فرق بين حضور الخصم و غيابه؛ لأنّه ما دام لم يثبت كون دعواه مسموعه، لا يثبت للمدّعى حقّ الدعوى ومن الظاهر أنّ تيسر الحضور وعدمه لا يوجب الحق فى الاول دون الثانى مع انه ربّما يكون الحضور للمخاصمه أمراً صعباً وحرجياً للخصم، كما إذا كان من أهل المروه ومعروفاً بعدم اعتدائه على الناس فى حقوقهم وأموالهم، ولذا قيل إنّه لا يوجّه إليه الطلب.

نعم لو علم القاضى بأنّ دعوى المدّعى مسموعه بقرينه حاله يمكن دعوى لزوم احضار خصمه مع امكانه سواء أكان حاضراً فى البلد أم غائباً عنه، كما أنّه لافرق بين المرأه والرجل، حيث يمكن للمرأه المخدره أو الرجل الذى من أهل المروه والشرف التوكيل فى المخاصمه.

ثمّ إنّ ثبوت ما ذكر فى حق القاضى المنصوب بالنصب الخاص، أمّا من يحكم فى الواقعه المرفوعه إليه بالنصب العام فوجوب الاجابه له عند طلب الخصم منه احضار

....

الشَرح:

خصمه مع تمكنه عليه لايخلو من قوه، بناءً على ماتقدم من وجوب القيام بأمر بالقضاء بين الناس وفصل الخصومه بينهم، واستيفاء حقوق بعضهم من بعض، واللّه سبحانه هوالعالم.

ص :115

ص :116

النظر الثالث:

ص :117

ص :118

النظر الثالث:

فی کیفیه الحکم.

وفیه مقاصد:

المقصد الأوّل: فی وظائف الحاکم، وهی سبع:

الأُولی: التسویه بین الخصمین [1] فی السلام والجلوس والنظر والکلام والانصات والعدل فی الحکم، ولا تجب التسویه فی المیل بالقلب لتعذّره غالباً، وانّما تجب التسویه مع التساوی فی الإسلام أو الکفر، ولوکان أحدهما مسلماً جاز أن یکون الذمی قائماً وإنّما تجب التسویه والمسلم قاعداً أو أعلی منزلاً.

الشَرح:

[1] ذکر قدس سره أنّه یجب علی القاضی التسویه بین الخصمین فی السلام بدءاً أو ردّاً، والجلوس بأن یجلسهما فی مکان لایعدّ مکان أحدهما أعلی المجلس والآخر أسفله، بل مقتضی عبارته أنّهما لو جلسا کذلک کلّفهما بالجلوس سواء، کما هو ظاهر التسویه بینهما اللازمه رعایتها علی القاضی، ویدخل فیها التسویه فی النظر إلیهمابأن لایختص نظره إلی أحدهما أو یکون أکثر منه إلی الآخر، وفی الکلام معهما سواء أکان الکلام راجعاً إلی المشاجره أم غیرها، وفی الانصات والاستماع إلیهما عند تکلّمهما، کما یجب علی القاضی العدل فی الحکم بینهما.

أقول: العدل فی الحکم بینهما ممّا لاینبغی التأمّل فی اعتباره لقوله سبحانه: «وَإِذَا حَکَمْتُم بَیْنَ النَّاسِ أَن تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ»(1)، ولکن لایعرف من العدل فی الحکم إلاّ الحکم علی موازین القضاء وترک الجور فیه وإلاّ یکون الحکم باطلاً غیر نافذ.

1- (1) النساء: 58.

....

الشَرح:

أمّا غيره من التسويه فى السلام والجلوس والنظر والكلام والانصات فوجوبها منسوب إلى الصدوقين وإلى الأشهر أو المشهور بين المتأخرين بل مطلقاً، كمايجد الناظر فى كلمات الأصحاب، ويستدلّ على ذلک بمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : مَن ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الاشاره وفى النظر وفى المجلس».(1) وقد تقدمت معتبرته فى اضافه أحد الخصمين(1)، ولعلّ ما ذكر فى المعتبره من باب المثال والمراد التسويه بينهم ولو فى غير ذلک من كيفيه المعاشره والاكرام، لئلا يتوهم أحدهما ميل القاضى إلى الآخر، وأنّه يقضى له ولو بالجور عليه، كما يظهر ذلک ممّا ورد فى خبر سلمه بن كهيل من قول على عليه السلام لشريح: «ثم واس بين المسلمين بوجهک ومنطقک ومجلسک حتى لايطمع قريبک فى حيفک ولاييأس عدوّک من عدلک».(2)

والظاهر أنّ الايهام المزبور حكمه فى رعايه التسويه، فيعمّ لزومها حتى ما إذا عرف القاضى بأنّه لا يعدل عن الحق والحكم على موازين القضاءحتى مع أقرب الناس إليه، وأيضاً يختصّ التسويه بما إذا كان المتخاصمان مسلمين، ولو كان أحدهما مسلماً فلايجب رعايتها.

نعم يتعين الحكم بالعدل وعدم الجور لماتقدم وعدم رعايه التسويه لعدم كون الكافر أهلاً للاكرام ولا يكون مساوياً للمؤمن، وفى المرويعن على عليه السلام : «أنّه جلس فى جنب شريح فى حكومه له مع يهودى فى درع وقال: لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديک ولكن قد سمعت رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقول: لاتساووهم فى المجلس».(4)

1- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1:155.
2- (3) المغنيلابن قدامه 11:444.

....

الشَرح:

كما أنّ التسويه تختص بالأفعال ولاتعم الميل القلبى بأنّ لايحبّ أن يكون الحق والحكم على طبق موازين القضاء لصالح فلان من المتخاصمين وأن يظهر التسويه بالاضافه إلى ذلک أيضاً من صحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام فى حكايه قاض فى بنى اسرائيل.(1)

والوجه فى عدم الوجوب كون التكليف فى التسويه فى الميل القلبيأمراً حرجياً وشاقاً، ولايمكن أن يعتمد على الصحيحه فى الحكم بلزوم التسويه فى الميل القلبى بالاضافه إلينا بل غايتها ثبوت ذلک فى بنى اسرائيل، وتصدى الإمام عليه السلام لنقلها لا يدلّ على بقاء ذلک الحكم بحدّه بل يكفى بقاء أصل مطلوبيتها وقد كان فى بنى اسرائيل من التكاليف الشاقه وليكن هذا منها خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ».(2)

والمتحصل أنّ الموجب لهلاک القاضى ميله عن موازين القضاء فى حكمه. وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام :يداللّه فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمه، فإذا حاف وكله اللّه على نفسه»(3)، بناءً على أنّ المراد بالحاكم القاضى أو مايعمّه، بل يكفى فى ذلک قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُوا».(4)

ولكن الانصاف أن التسويه فى الجلوس والنظر والكلام والانصات وغير ذلک من حسن المعاشره من الآداب المستحبه للقاضى، كما نقل ذلک عن الديلمى والعلاّمه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1:164.
2- (2) الحج :78.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب القاضى، الحديث 1:164.
4- (4) المائده: 8.

الثانيه: لا يجوز أن يُلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه[1] ولا أن يهديه لوجوه الحِجاج، لأنّ ذلک يفتح باب المنازعه وقد نصب لسدّها.

الشَرح:

و غيرهما، ولا يتعين رعايتها، لأنّ الظاهر أنّ الأمر بها لدفع ايهام أحد المتخاصمين إنّه يراعى جانب الآخر ويعدل عن الحكم بالحق، وهذا ليس من الملاک الملزم، خصوصاً بعد ما علم المتخاصمان من القاضى العدل فى حكمه، وأنّه لايعدل عن القضاء بموازينه فى أى قضيه ترفع إليه.

[1] ذكر قدس سره أنّه لا يجوز للقاضى أن يلقّن أحد الخصمين مايضرّ خصمه بأن يلقّنه مايكون موجباً لسماع دعواه، كما إذا قال المدّعى إنّ له بيد خصمه مالاً فسكت قال له الحاكم لابدّ من انّک رأيت المال المزبور وتتمكن من توصيفه وتعيينه والداعى له إلى هذا القول تلقين المدّعى أن يضم تعيين المال إلى دعواه، ليمكن سماعها، أو يلقن أحد الخصمين طريق الاحتجاج، كأن يقول لمن يريد انكار الدين عليه بدعوى الاداء: انّک ما اقترضت من مدّعى المال عليک بداعى تلقينه أنّ له مع علمه بفراغ ذمّته انكار أصل الاقتراض لجواز الكذب فيما إذا توقف عليه دفع الضرر ولوكان مالياً، والوجه فى عدم الجواز أنّ القاضى جُعل لسد المنازعه، وتلقينه فى الأوّل فتحٌ لبابها، كما أنّ تلقينه طريق الاحتجاج اضرار أو فيه ضرر لخصمه فإنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الدين على عهده مدّعى الاداء.

أقول: تلقينه طريق الاحتجاج لا يجوز فيما إذا لم يحرز القاضى صدق مدعى الاداء، أمّا مع علمه فالتلقين المزبور اعانه للمظلوم وانتصار له، وما قيل من أنّه مع احراز الصدق لا يحتاج إلى التلقين فإنّ للحاكم أن يحكم بعلمه يدفعه امكان المانع عن حكمه من غير انكار المنكر، فيكون تلقينه طريق الاحتجاج مقدمه لإيصال الحق إلى صاحبه.

الثالثه: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلّما[1] أو ليتكلّم المدّعى، ولو أحسّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلک. ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لمايتضمن من إيحاش الآخر.

الرابعه: إذا ترافع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ويستحب ترغيبهما فى الصلح[2] فإن أبيا إلاّ المناجزه حكم بينهما وإن اشكل اخّر الحكم حتى يتضح،

الشَرح:

وأيضاً تلقينه مايصحح دعوى المدّعى لم يعلم عدم جوازه فإنّ التلقين المزبور وإن يوجب فتح باب المرافعه، ولكن مجرّد ذلک ليس مانعاً عن جوازه، لأنّ القاضى جعل لفصل المنازعه لا لسدّها، كما لا يخفى.

[1] ذكر قدس سره انّه إذا سكت الخصمان الحاضران مجلس القضاء استحب للقاضى أن يوجّه اليهما الخطاب بقوله تكلّما أو ليتكلّم المدّعى منكما، ولو أحسّ القاضى إنّ الخصمين قد دخلاهما الخجل والاستحياء من القاضى، يقول لمن يقول لهما تكلّما أو ليتكلّم المدّعى منكما، ويكره للقاضيأن يوجّه خطابه إلى أحدهما بقوله تكلّم؛ لأنّ توجيه الخطاب إلى أحدهمابخصوصه ادخال الآخر فى الوحشه.

أقول: لم يعلم الوجه فى ترتب أمره لمن يقول لهما ذلک على احساسه بأنّ سكوتهما لاحتشامه. ولعلّ توجيه الخطاب إليهما داخل فى عنوان المعاشره بالمعروف، ويستحب بذلک العنوان، ولكن قوله قدس سره : ويكره توجيه الخطاب إلى أحدهما ينافى ما سبق من وجوب التسويه بين الخصمين فى الكلام ودعوى استثناء ذلک من العموم المزبور كماترى!

وكيف ما كان فقد تقدم عدم الدليل على عدم الجواز فيكون توجيه إلى أحدهما تركاً للاستحباب.

[2] يستحب للقاضى دعوه المتخاصمين قبل الحكم للصلح بينهما؛ لأنّه داخل

ولاحدّ للتأخير الاّ الوضوح.

الخامسه: إذا ورد الخصوم مترتبين بُدئ بالأوّل فالأوّل [1]، فإن وردوا جميعاً قيل: يقرع بينهم، وقيل: يكتب اسماء المدعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل: يذكرهم أيضاً لتحضر الحكومه معه وليس بمعتدٍ، ويجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعه ويستدعى صاحبها، وقيل: إنّما تكتب اسماؤهم مع تعسّر القرعه بالكثره.

الشَرح:

فى الأمر بالمعروف، بل الصلح والإصلاح فى نفسه أمر مستحب، وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لإن أصلح بين اثنين أحبّ إلىّ من أتصدّق بدينارين»(1)، ويمكن أن يستظهر ذلک من قوله سبحانه: «وَلاَ تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لاِءَيْمَانِكُمْ أَن تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ»(2)، وإذا سئل المدّعى المناجزه حكم بينهما على ماتقدم من وجوب القضآء وفصل الخصومه بين الناس.

وإذا أشكل الحكم بينهما لعدم احراز القاضى المدّعى من المنكر فى الواقعه أو عدم تشخيصه الكبرى فيما كان منشأ اختلافهما الاختلاف فى الكبرى فلا يجوز له الحكم؛ لأنّه من القضاء بغير علم، فيؤخر القضاء فى الواقعه إلى وضوح الحكم و خروج قضائه عن القضاء بغير علم وعن كونه قضاءً بغير موازينه.

[1] قيل إنّ البدء بالأوّل لكونه أحقّ بالسبق، وعلى ذلک فإن كان السابق واحداً تعيّن وان لم يحرز السابق أو وردوا جميعاً يقرع بينهم بكتابه اسم كلٍ واحدٍ منهم فى رقعه وجمع القاضى تلک الرقع تحت الساتر ويخرج واحداً واحداً وإذا خرج اسم واحد أجرى الحكم بينه وبين خصمه، بعد سماع دعواه ومطالبته القضاء بينهما، ولا يحتاج إلى كتابه اسماء الخصوم مع أصحاب الدعوى لأنّ القضاء ومطالبته حق للمدعى.

1- (1) الوسائل: 13، الباب 1 من أحكام الصلح، الحديث 1:162.
2- (2) البقره: 224.

السادسه: إذا قطع المدّعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم تسمع[1] حتى يجيب عن الدعوى وينتهى الحكومه ثمّ يستأنف هو.

الشَرح:

وقيل بذكر الخصوم معهم لتحضروا مع أصحاب الدعوى للحكم، ولكنه ضعيف لما تقدم من عدم كونهم أهل الحق ليخرج الحق لهم بالقرعه، و ربّما قيل: إنّ كتابه أسماء المدّعين كما ذكر بعد تعذّر القرعه أو تعسره لكثره المدّعين وإلاّ يقرع بينهم بما هو المعروف من وضع الرقاع فى بنادق من طين ونحوه وسترها، ولكن لايخفى أنّ كلا النحوين من القرعه فيما بينهم، فلا يتوقف اختيار كتابه الأسماء كما ذكر على تعذّر الأوّل أو تعسره.

نعم الكلام فى تعيّن اصل القرعه وعدم تخيير القاضى فى اختيار الأوّل، فالأوّل فيما وردوا جميعاً، بل مع ورودهم مترتّبين، فإنّ الورود أوّلاً لا يوجب الحق الملزم للسابق حتى تجب القرعه لاخراجه وما تقدم من لزوم التسويه على تقدير القول به لا ينافى التخيير فى المقام، فإنّها بالاضافه إلى المتخاصمين فى واقعه لا بين الخصم فى واقعه وبين خصم للآخر فى واقعه أُخرى، وهذا فيما إذا لم يشترط على القاضى فى نصبه تقديم السابق، وإلاّ فعليه رعايته مع احراز السابق، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] إذا قطع الخصم دعوى خصمه بدعوى أُخرى لا تسمع منه حتى يجيب عن الدعوى ويحكم القاضى فيها. وكذا إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، بمعنى أنّه لا تسمع دعوى خصمه حتى يجيب عن تلك الدعوى بالانكار أو بالاقتدار أو بغيرهما ويحكم القاضى فيها، وكلّ ذلک بملاحظه ان السابق والمبادر بطرح دعواه لسبقه فى دعواه أحق بالقضاء بناءً على ما تقدم من كون ذلک موجباً للحق الملزم ولا يبعد كون ذلک من الآداب إلاّ إذا احتمل القاضى الارتباط بين الدعويين، بحيث يظهر من الاستماع إلى الثانيه الحال فى بعض الخصوصيات فى الدعوى الأُولى.

السابعه: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدرا بالدعوى سُمِعَ من الذي عن يمين صاحبه، ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء[1] مالم يستضرّ أحدهما الشَرح:

ولو ابتدرا معاً فالذى على يمين خصمه أولى بالدعوى، وقد حكى على ذلک الاجماع عن السيد والشيخ قدس سرهم ، ويستدل على ذلک بخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام»(1)، وصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا تقدمت مع خصم الى والٍ أو إلى قاضٍ فكن عن يمينه».(2)

ولكن لايخفى أنّ الخبر لضعف سنده وعدم تمام دلالته لا يمكن الاعتماد عليه؛ فإنّ سند الصدوق قدس سره إلى محمّد بن مسلم فيه على بن أحمد بن عبداللّه عن أبيه، وابن الجنيد وان روى الخبر عن كتاب الحسن بن محبوب ولكن سنده إلى كتابه غير معلوم لنا، مع أنّ المراد بصاحب اليمين من كان جالساً يمين خصمه لايمين القاضى غير ظاهر أمّا صحيحه عبد اللّه بن سنان فلا دلاله لها على حكم طرح الدعوى وأحقيه صاحب اليمين فى طرحها؛ لأنّ المحتمل أن يكون الجلوس بيمين الخصم مستحباً فى نفسه، ولذا ذكر فى الوسائل عنوان الباب: استحباب القيام عن يمين الخصم ويستحب للقاضى أن يقدم الذى عن يمين خصمه بالكلام، وأمّا دعوى الاجماع فيظهر الحال فيها بمراجعه كلمات الأصحاب، وعدم كونه على تقديره مدركياً.

[1] يعنى إذا كان أحد المدعيين حاضراً والآخر مسافراً، فلايكون المسافر أحق بالقضاء بينه و بين خصمه من الحاضر، فيقرع بينهما فى سماع الدعوى ما لم يكن تأخير المسافر مضرّاً بحاله، وإلاّ يقدم.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب آداب القاضى، الحديث 2و1:160.
2- (2) المستدرک: 17، الباب 11 من أبواب القاضى، الحديث 2: 358.

بالتأخير، فيقدم دفعاً للضرر، ويكره للحاكم أن يشفع فى اسقاط حق أو ابطال[1].

الشَرح:

وقيل: ان تضرر المسافر لايوجب سقوط حق الحاضر، كما فى الازدحام على سائر الحقوق المشتركه، ويجاب بأنّ التخيير فى المقام حتى القاضى وترجيحه، ومع عدم المرجح الشرعى يرجع إلى القرعه فى حق تخييره ولزوم الضرر على أحدهما دون الآخر مرجح شرعى فى حق تخييره، ومثل المسافر المرأه التى تتضرر بالتأخير عن بيتها.

ولكن لا يخفى أنّ لزوم الممانعه عن تضرّر الآخر مطلقاً غير محرز.

[1] ذكر قدس سره انّه يكره للقاضى الشفاعه إلى أحد الخصمين فى اسقاط حقّه بعد ثبوته بحكمه أو ابطاله حقّه فى الدعوى على خصمه قبل حكمه، ويستدل على ذلک بما عن النبى صلى الله عليه و آله حيث سأله أُسامه حاجه لبعض من خاصمه إليه فقال: «يا أُسامه لا تسألنى حاجه إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعه».(1)

وعلى ذلک فقد يتراءى التنافى بين ذلک وبين ماتقدم من أنّه يستحب للقاضى ترغيب المتخاصمين فى الصلح الموجب للاغماض عن بعض الحق، وربّما يجمع بينهما بجعل الصلح أمراً متوسطاً بين الاسقاط وعدمه أو ترغيبهما فى الصلح ببعث القاضى شخصاً فى ترغيبهما، أو كون الترغيب إلى الصلح مستثنى من الحكم المزبور لكون الصلح أمراً مرغوباً إليه وكون اصلاح ذات البين أفضل من الصدقه، خصوصاً فيما كان الترغيب قبل ثبوت الحق، حيث إنّ ظاهر الروايه مع ضعف طريقه الشفاعه بعد ثبوته كما لا يخفى.

1- (1) المستدرک: 17، الباب 11 من أبواب القاضى، الحديث 2: 358.

عدم سماع الدعوى المجهوله

المقصد الثانى: فى مسائل متعلّقه بالدعوى، وهى خمس:

الأُولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله[1]، مثل أن يدعى فرساً أو ثوباً ويقبل الاقرار بالمجهول ويلزم تفسيره، وفى الأوّل اشكال، وأمّا لو كانت الدعوى

الشَرح:

[1] المحكى عن الشيخ وأبى الصلاح وبنى حمزه وزهره وادريس والعلاّمه فى التحرير والتذكره لا تسمع الدعوى فيما إذا كان المدّعى به مجهولاً لم يعيّنه المدّعى أو لم يصفه بمايرفع جهالته، كما إذا ادّعى أنّ له على الآخر فرساً أو ثوباً من غير ذكر خصوصياته وأوصافه، وعلّل ذلک بعدم الفائده فى سماعها، حتى فيما لو أقرّ به خصمه، حيث لايمكن أخذ المعترف بشىء معيّن.

وأورد على ذلک بأنّهم ذكروا سماع الاقرار بالمجهول، ويكلّف المعترف بالتفسير، فإن فسّره بشىء تعيّن أخذه به لنفوذ اقراره على نفسه، ومع عدم تفسيره يؤخذ بما يصدق عليه عنوان المدعى به، وعلى ذلک فاللازم سماع دعوى المدّعى لإ مكان اعتراف خصمه به، فيلزم لسماع الاقرار بالمجهول سماع الدعوى المجهوله.

و دعوى الفرق بين الاقرار بالمجهول والدعوى المجهوله حيث إنّه لو لم يسمع الاقرار بالمجهول لأدى ذلک فى بعض الأحيان إلى رجوع المعترف عن اعترافه، وفيه ذهاب حق الغير، بخلاف الدعوى المجهوله، فان الزامه بالتفسير لا يوجب رفع يده عن دعواه أو ذهاب حقّ الغير عليه، ولكن لا يخفى ما فيها، حيث إنّ المدّعى قد لايتمكن من تفسير دعواه وتعيين المدّعى به لنسيانه، فعدم سماع دعواه يوجب رفع يده عنها، وان يضيع حقه على الغير.

وقال بعض: أنّه لو كانت الجهاله فى الدعوى بحيث توجب خروج ما يذكره عن عنوان الدعوى على الغير فى بعض احتمالاتها فلا تسمع، إلاّ مع رفعه ذلک الاحتمال. وإذا قال إنّه أتلف علىّ ثوباً واحتمل كونه ممّا لا ماليّه له فلا تسمع دعواه، بخلاف ما اذا

ص :128

وصيه سُمِعَت وإن كانت مجهوله لأنّ الوصيه بالمجهول جائزه، ولا بدّ من ايراد الدعوى بصيغه الجزم[1] فلو قال: أظن أو اتوهّم لم تُسمع، وكان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه ويحلف المنكر، وهو بعيد عن شَبَه الدعوى.

الشَرح:

قال أتلف علىّ ثوباً من أموالى، وقال بعض آخر: أنّه لو كان المدعى به من القيميات وفرض تلفه فيعتبر فى سماع دعواه تعيين القيمه التى يدعيها على خصمه، وإن كان مثلياً فيعتبر تعيين أوصافه بمايعتبر فى بيعه سلفاً ولا يعتبر تعيين القيمه وإن كان من الأثمان فيعتبر جنسه ووصفه ونقده وقدره.

قال فى الدروس تبعاً للشيخ قدس سره : لا يعتبر فى بيع شىء بثمن تعيين نقده لانصرافه إلى نقد البلد بخلاف الدعوى فإنّه يعتبر فى سماعها تعيين النقد لأنّ الدعوى إخبار عن الماضى فيحتمل النقود المختلفه بخلاف البيع حيث إنّه إنشاء وايجاب فى الحال ينصرف اطلاقه إلى نقد البلد، وأمّا دعوى الوصيه فإنّها تسمع وان كانت الوصيه المدّعى بها لم تتعيّن لصحّه الوصيه بالمجهول.

أقول: لا يعتبر فى سماع الدعوى ارتفاع الجهاله عنها، بل لو كانت الدعوى بحيث مع اقرار الخصم يلزم بالتفسير، ومع اعتذاره عن التفسير بالنسيان ونحوه يلزم بمايصدق عليه عنوان المدّعى به، كان هذا كافياً كماتقدم، ولا دليل على اعتبار الأزيد من ذلک، وممّا ذكر يظهر وجه المناقشه فيما ذكره فى الدروس ولا حاجه إلى الاعاده.

[1] ذكروا فى سماع الدعوى بإلزام الخصم بالجواب كون دعواه جازمه، فلا تسمع فيماكانت على وجه التردّد أو الظن، كما إذا قال: أحتمل أو أظن أنّ لى عند زيد أو عليه مالاً، ويقال فى وجه اعتبار الجزم تاره بعدم صدق الدعوى بدونه.

فانّها الاخبار الجازم، وأُخرى بأنّ من لازم الدعوى شرعاً أنّه إذا ردّ المنكر اليمين على المدعيأو نكل أن يتمكن من الحلف عليها.

....

الشَرح:

ولكن لا يخفى ما فى الاستدلال بهما، فإنّ صدق المنازعه والمخاصمه، بل صدق الدعوى فى موارد الاتهام ظاهر، وجواز ردّ الحلف أو الرد بالنكول يثبت فى غير موارد الجزم أيضاً، غايه الأمر لا يجوز للمدّعى فى تلك الموارد الحلف بحقّه لعدم علمه، فيلزم ايقاف الدعوى أو سقوطها كما يأتى.

نعم قد يستدل على عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم بوجه آخر، وهو: أنّ الأماره أو الأصل الجارى فى الواقعه عند القاضى يعتبر فى حق المدّعى المزبور أيضاً لفرض عدم علمه بالواقع، ومقتضى الاعتبار فى حقه أيضاً عدم جواز الزام خصمه بشىء.

ولكن هذا الاستدلال لا يوجب عدم سماع دعواه فيما إذا كان فى البين بيّنه، أو يحتمل أن يعترف بحقّه لو كان خصمه ملزماً بالجواب لاحتماله علمه بالواقع وثبوت حقّه. اللهم إلاّ أن يقال إنّ مع البينه بحقه تكون دعواه جازمه لأنّها علم بالواقع، وأمّا مع عدمها فاحتماله له علم خصمه بحقّه على تقديره لا يفيده شيئاً فى سماع دعواه حيث إنّ الاماره أو الأصل حجّه لعدم ثبوت الحق له ليطالب به الآخر أو يدعى عليه.

نعم لا يجوز لمن لاجزم له بحقّه ولكن كان مقتضى الأصل المعتبر ثبوت حقّه أن يوجه الدعوى إلى غريمه اعتماداً عليه، كما إذا استدان منه آخر وشكّ فى أنّه أدّى ما عليه من الدين أم لا فيجوز له الأخذ باستصحاب بقاء الدين على عهدته ويوجّه إليه الطلب بالوفاء، فالقول بعدم سماع الدعوى على الغير فى هذه الصوره بلاوجه، وكذا ماكان له عند غيره مالاً فاحتمل عدم ردّه عليه ونحو ذلک.

وبالجمله: فالقول باعتبار الجزم فى سماع الدعوى على الاطلاق لايمكن المساعده عليه.

ثمّ إنّه لا يجوز له فى موارد عدم سماع الدعوى بغير جزم ابراز الدعوى بصوره

....

الشَرح:

الجزم فإنّ الإخبار عن جزم يدخل فى الكذب، والتوريه لا تنفعه مع عدم جزمه، فلو علم القاضى انّه غير جازم فى دعواه وأنّه أبرزها بصوره الجزم فلايرتب عليه أثراً.

نعم مع عدم علمه بذلک يكون ظاهر قوله معتبراً فى كونها على نحو الجزم كان كاذباً أو موّرياً، وهذا بخلاف موارد الدعوى اعتماداً على الأصل المعتبر، فإنّه يجوزفيها الدعوى بنحوالجزم مع كون مفاد الأصل التعبد بالعلم.

وقد يقال: انّ عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم يختص بما إذا كان من يدعى عليه مأموناً، وأمّا إذا كان متّهماً فتسمع الدعوى فى موارد الاتهام، كما فى دعوى القتل والسرقه ونحوهما فيماكان المدّعى عليه غير مأمون، وعن بعضهم تخصيص السماع فى المال الذييكون بيد المدعى عليه للعمل فيه للمدعى أو استيفائه منه حقّه أو بوجه العاريه والوديعه، فإنّ صاحب المال إذا اتّهمه بالخيانه بامساک المال أو اتلافه أو الافراط والتفريط فيه وكان متهماً غير مأمون تسمع دعواه، وإن لم يكن اتهامه على نحو الجزم.

أقول: مدلول الروايات التى وردت فى ضمان الأجير غير المأمون لا يرتبط بسماع الدعوى، بل مفادها أن الأجير ضامن لما تلف بيده، إلاّ إذا أقام بيّنه أنّه لم يحصل منه افراط وتفريط واتلاف من غير توقف الضمان على حلف المالک. وهذا الحكم وان التزم به جماعه ولم يلتزم به الأكثر بل المشهور ببعض الروايات الظاهره فى خلافه، إلاّ أنّه على كل تقدير خارج عن البحث فى المقام.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا تردد المدعى عليه بين اثنين أو أكثر كما إذا قال: قتل ابنى أحد هذين، أو سرق أحدهما مالى، أو أنّ أحدهما مديون لى، فهل على القاضى سماع الدعوى بمطالبتهما بالجواب أو أنّه يعتبر فى سماعها تعيين المدعى عليه؟

فقد يقال بعدم السماع لعدم وجوب الجواب على كل منهما لعدم توجه الدعوى

ص :131

....

الشَرح:

إليه بل لعدم فائده الجواب لو قال كلٍ منهما نعم واحد منّا كذلک، حيث إنّ الاقرار كذلک لا يوجب على المقرّ شيئاً، فإنّه ليس من الاقرار على النفس، بل الاقرار المزبور جامع بين الشهاده على الغير والاقرار على النفس، بل لوكان للمدّعى بيّنه علي دعواه، وشهدت تلک البيّنه بالحق من غير تعيين من عليه الحق لا تفيد شيئاً، إذ البيّنه لا تزيد على علم القاضى بالحال وأنّه لا يمكن له الحكم على أحدهما بذلک العلم الاجماليإلاّ فى موارد خاصه، كتقسيط الديه عليهما أخذاً بما ورد فى الميت يوجد بين أهل قريه ونحوهما.

ويظهر من المحقق فى باب القصاص السماع فى مثل دعوى القتل، قال: ولو قال قتله أحد هذين سمع، إذ لاضرر فى احلافهما ولو أقامت بيّنه سمعت لا ثبات اللوث. وفى المسالک: الوجه فى سماع هذه الدعوى عدم تضررهما باحلافهما بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث إنّ المدّعى يتضرّر بذهاب حقه لإخفاء القاتل قتله غالباً حتى لا يدّعى عليه غالباً، وكذلک غير القتل من السرقه والخيانه والاتلاف فإنّه فيأمثال هذه تسمع الدعوى على المردّد بخلاف دعوى القرض والبيع ونحوهما ممّا لايكون فى الغالب إلاّ ظاهراً فإنّه لا تسمع فى هذه الموارد الدعوى على المردّد واحتمل السماع حيث إنّ الانسان عرضه للنسيان ولايتوجّه من سماع الدعوى ضرر على المدّعى عليهم ولا يثبت بالبيّنه بالمردّد الحق على أحدهم بل يثبت اللوث يعنى التهمه ويتعين من عليه الحق بالحلف.

أقول: لو ثبت أنّ مع ثبوت الحق على المردّد بين محصورين يقسّط ذلک الحق عليهم أو يخرج من عليه الحق بالقرعه تسمع الدعوى على المردّد، حيث يثبت التقسيط أو الاخراج بالقرعه باقرارهم، وكذا مع نكولهما أو ردّهما اليمين على المدّعى.

....

الشَرح:

وأمّا إذا لم يثبت التقسيط والاخراج بالقرعه كما هو كذلک بالاضافه إلى التقسيط فى غير مورد القتل، وكذا الاخراج بالقرعه لو لم تتم دعوى استفادته من بعض ماورد فيها، بل من الآيه المباركه فى قضيه يونس على نبيناو آله وعليه الصلاه والسلام فمقتضى الأصل من ناحيه عدم ثبوته على كل واحد منهما أو منهم كما ذكروا فى مثل الجنابه المردّده بين شخصين عدم مطالبه أى منهما أو منهم بشىء.

لا يقال: لا يجرى فى المقام الأصل فى ناحيه عدم الاشتغال فى حق كل واحد لكون جريانه كذلک ضرر على المدعى، كما أنّ حديث نفى الضرر ينفى الأحكام الواقعيه عند كونها ضرريّه كذلک ينفى الأحكام الظاهريه الموجبه للضرر.

وبتعبير آخر حكومه قاعده نفيه على حدّ سواء بالاضافه إلى الأحكام المجعوله واقعيهً كانت أو ظاهريه.

فإنّه يقال: لو سلم ذلک فمن المقرّر فى محلّه أنّه لاحكومه لقاعده نفى الضرر فى موارد تعارض الضررين الموجب لعدم كون الرفع امتناناً والمقام منه، فإنّه كما أنّ فى جريان الاستصحاب فى حقّ كل منهما ضرراً على المدّعى فرفع الاستصحاب أيضاً فيه ضرر على المدّعى عليهم.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى سماع الدعوى مع الترديد فى صاحب الحق، كما لو ادّعى اثنان أنّ لأحدهما على فلان حقّ كذا، وأنّه بناءً على التقسيط أو الاخراج بالقرعه تسمع الدعوى، بل السماع فى الفرض أظهر، حيث يمكن أن يوكّل أحدهما الآخر فى الدعوى عليه، ومع هذا التوكيل يمكن للوكيل توجيه الدعوى الجازمه إليه، غايه الأمر مع استيفاء الحق باعترافه أو بنكوله أو بردّه اليمين يقسط ذلک الحق لهما، أو يخرج صاحبه بالقرعه، واللّه سبحانه هو العالم.

الثانيه: قال إذا كان المُدّعي به من الأثمان، افتقر الى ذكر جنسه ووصفه ونقده. إن كان عَرَضاً مثلياً، ضَبَطَه بالصفات، ولم يفتقر الى ذكر قيمته، وذكر القيمه أحوط. وإن لم يكن مثلياً، فلا بد من ذكر القيمه، وفى الكل إشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار.

الثالثه: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدّعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلک على التماس المدّعى؟ فيه تردد[1] والوجه أنّه يتوقف لأنّه حق له فيقف على المطالبه.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا تمت الدعوى من المدّعى فهل على القاضى أن يطالب المدعى عليه بالجواب أو أنّ مطالبته يتوقّف على التماس المدّعى، ففى ذلک تردّد، فإنّ الشيخ قدس سره حُكى عنه قولان، ولكن الوجه أنّه يتوقف على التماسه فإنّ الجواب يرجع إلى حق المدّعى فيتوقف على مطالبته.

وذكر فى الجواهر: أنّ الأوجه خلاف ذلک، وأنّ مطالبه الحاكم لا يتوقف على التماس المدّعى للأصل، وانّ الجواب حق للحاكم فإنّه المكلّف على فصل الخصومه المتوقف على المطالبه بالجواب.

وعن الشهيد الثانى وجه آخر لعدم التوقف وهوقيام القرينه الحاليه على مطالبه المدّعى وارادته الجواب؛ إذ الانسان لايحضر بخصمه مجلس الحكم إلاّ لارادته فصل الخصومه المتوقف على سماع القاضى جواب خصمه، وأورد فى الجواهر فى هذا الوجه بأنّ مقتضاه توقف المطالبه بالاتماس ولوكان ذلک الالتماس بشاهد الحال.

أقول: إن كان المراد بالأصل الأصل العملى فلاينبغى التأمّل فيأنّ مقتضاه عدم وجوب مطالبه المدّعى عليه بالجواب عند التماس المدّعى حيث إنّ الوجوب فى الفرض محرز ومع عدم التماسه مدفوع بأصاله البرائه.

وإن كان المراد منه الاطلاق فى مثل قوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»(1) فقد

1- (1) النساء: 135.

الرابعه: لو ادّعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناک إمام رافعه إليه وإن لم يكن وكان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلک الولايه وإن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته[1].

الشَرح:

تقدم انّ وجوب القضاء على القاضى مشروط بمطالبته منه، ولا يجب عليه احضار المتخاصمين من غير مراجعتهما إليه أو التماس المدّعى القضاء، وعلى ذلک فمع مطالبه القضاء فعلى القاضى أن يطالب خصمه بالجواب التمس المدّعيأو لم يلتمس.

[1] حاصله أنّه إذا كان لأحد الرعيه دعوى مال أو حق على القاضى تسمع تلک الدعوى على القاضى كماتسمع دعوى أحد الرعيه على مثله ، كمايشهد بذلک ما نقل عن على عليه السلام من حضوره مع خصمه عند شريح، وثبوت منصب القضاء لا ينافى ماثبت فى الشرع من كون البيّنه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه.

وعلى ذلک فإن كان فى البين إمام رفع الرعيه المزبوره المحاكمه إليه، وإن لم يكن الإمام فى متناول يده، وكان المدّعى فى غير ولايه خصمه رفع دعواه إلى قاضى ذلک البلد ويجب على القاضى المخاصم الحضور إلى ذلک القاضى ولو بوكيله، أمّا إذاكان المدّعى فى بلد خصمه رفع دعواه إلى خليفه خصمه، ولو طالب المدعى خصمه بالحضور إلى غير خليفته من قاضى بلد آخر لم يجب عليه الاجابه؛ لأنّ قضاء خليفته نافذ فى حقّهما لخروج الخليفه عن طرف المخاصمه، كما أنّه ليس وكيلاً عن القاضى ليجريعليه حكم موكّله، كمايشهد بذلک حضور على عليه السلام مع خصمه عند شريح.

أقول: قد تقدم إنّ تعيين القاضى للمدّعى، حيث إنّه صاحب الدعوى، فله اثبات حقّه بأى طريق وعليه لو كان للقاضى المدّعى عليه خليفه فله طرح دعواه عند قاضى بلد آخر، ويجب على القاضى المدّعى عليه الحضور عنده مع عدم كونه ضررياً أو حرجياً، ويكون قضائه نافذاً فى حقّهما، وإن فرض نصب ذلک القاضى لأهل ذلک البلد

الخامسه: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم [1] ولو قاما بين يديه كان جائزاً.

المقصد الثالث: فى جواب المدعى عليه. وهو إمّا اقرار أو انكار أو سكوت [2].

الشَرح:

لأنّ المراد بالأهل من حلّ فيه. وإن كان وطنه غيره، كما فى المسافر، ويجريذلک فى اختلاف أحد رعيه مثله، ولا فرق فيما ذكر بين كون الدعوى على القاضى المال وغيره من الحق أو القضاء عليه بالجور بمايوجب ضمانه ولو من بيت المال، وقد تقدم الكلام فى ذلک آنفاً.

[1] قيل: إنّ الجلوس كذلک يوافق الأدب فيستحب، كما أنّه لو قاما بين يديه جاز، لأنّه ليس فى القيام بين يديه ماينافى كرامه القاضى، وربّمايؤيّد الجلوس بين يديه بالمروى عن على عليه السلام فى قضيه مخاصمته مع اليهودى وجلوسه بجنب شريح: «لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديک»(1)، والنقل ضعيف كماتقدم؛ ولذايصلح للتأييد.

[2] ادخال السكوت فى جواب المدّعى عليه لا يخلو عن المسامحه، ولذا ذكر أنّ المراد بالجواب مايصدر عن المدّعى عليه بعد الدعوى عليه فإنّ الجواب بهذا المعنى يطلق على السكوت أو أنّ السكوت مع الاصرار عليه يجعل المدعى عليه ناكلاً فيردّ معه اليمين على المدّعى، فالسكوت مع الاصرار عليه كالإنكار و كأنّه بمنزله الجواب بالانكار وترک اليمين.

أقول: اطلاق الجواب على السكوت لا يخرج عن المسامحه وكونه مع الاصرار عليه كالانكار والنكول عن اليمين يدخله فى الانكار حكماً فيكون اطلاق الجواب عليه بالعنايه، وأيضاً لا ينحصر الجواب بما ذكر، بل يمكن أن يجيب بلا أدرى وسيأتى

1- (1) المغنيلابن قدامه 11/444.

أمّا الاقرار: فيلزم [1] إذاكان جائز التصرّف.

الشَرح:

الكلام فيه فيما أجاب به فلا وجه لحذفه عن أقسام الجواب، أللّهمّ إلاّ أن يقال المهم فى المقام الجواب المترتّب عليه الأثر والجواب بلا أدرى لا أثر له كما يأتى.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا أجاب الخصم بالاقراربالمدّعى به يثبت الدعوى به، فيما إذا كان المقرّ واجداً لشرائط نفوذ الاقرار.

ويبقى الكلام فيأنّه يجوز الحكم فيالواقعه بمجرّد سماع الحكم اقرار المدّعى عليه أو يتوقف على التماس المدّعى، قيل والقائل الشيخ قدس سره فى المبسوط عدم جواز الحكم إلاّ بعد مطالبه المدّعى لأنّ الحكم حق للمدّعى فيتوقف على مطالبته.

أقول: ينبغى التكلّم فى المقام فى جهات: نفوذ اقرار المدعى عليه والحاجه بعدالاقرار إلى حكم الحاكم ومايترتب على الحكم بعده.

أمّا الجهه الأُولى: فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ اقرار الشخص على نفسه إذا كان المعترف على الأوصاف المعتبره فيه المذكوره فى باب الاقرار، كمايشهد بذلك استقرار السيره العقلائيه على أخذ المقر على نفسه باعترافه من غير ثبوت الردع، بل المنقول عن النبىّ صلى الله عليه و آله قوله: «اقرارالعقلاء على أنفسهم جائز»(1)، وقد ورد فى الروايات المتفرقه فيأبواب مختلفه مايشهد على نفوذ اعتراف الشخص على نفسه، كالتى وردت فيمن أقرّ بارتكابه موجب الحد، وكالّتى وردت فى اعتراف بعض الورثه بالوصيه للغير، وماورد فى عدم سماع الاقرار مع الاكراه على المقرّ، وماورد فى عدم سماع شهاده الفاسق إلاّ على نفسه إلى غير ذلك.

وأمّا الجهه الثانيه: فقد يقال فى المقام: بأنّ ثبوت الحق بالاقرار لا يتوقف على حكم الحاكم، وأنّه إذا كانت العين بيد المقرّ فيجوز له أخذها من يده بمجرّد اعترافه،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب الاقرار، الحديث 2: 133.

جواب المدعى عليه على ثلاثه أقسام

....

الشَرح:

كما أنّه لو كان من قبيل الدين فيجوز له المطالبه به بخلاف البيّنه فإنّ اعتبارها بالاضافه إلى الحاكم خاصه لأنّ المدّعى عالم بحقّه كما هو فرض دعواه وخصمه منكر لحقه ولمايشهد به البيّنه ولو بادعائه خطأ الشاهدين.

وبتعبير آخر البيّنه بنفسها لا ترفع الخصومه بين الخصمين بخلاف اعتراف الخصم، فإنّ مع الاعتراف لا خصومه ليحتاج فصلها إلى الحكم.

أقول: ربّمايكون جواب الخصم اعترافاً بالحق بنظر القاضى ولايلتفت إليه المدّعى، وربّمايكون اعترافه مع عدم الشرائط أو بعضها بنظر القاضى، وربّمايدعى المعترف أنّ اعترافه كان بنحو الاشتباه فيمتنع عن ايصال حق المدعى إليه فالقطع لكل ذلك يكون بحكم الحاكم، كما أنّه إذا حكم الحاكم فى الواقع يكون حكمه نافذاً حتى بالاضافه إلى السائرين ممّن لم يعلموا باقرار الخصم للمدعى.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى صحه حكم الحاكم ونفوذه حتى فيما إذا اعترف الخصم بالدين عليه وأداه إلى المدّعى بعد اعترافه وقبل حكم الحاكم، لأنّ حكم الحاكم بالدين وأنّه ادّاه قاطع لنشوب المنازعه والمخاصمه بينهما بعد ذلك ولو بدعوى أنّ الاعتراف والدفع وقع منه خطأ.

أمّا الكلام فى الجهه الثالثه: فقد تقدم انّ المترتّب على قضاء القاضى انهاء المخاصمه، ثمّ إنّ للقاضى أن يتصدى بعد القضاء لتنفيذه إذا وجد المدّعى عليه ممتنعاً عن العمل بمقتضاه، لأنّ هذا داخل فى الأُمور الحسبيه التى من شؤون الفقيه إذاتمكن عليه، كما هو الحال فى القاضى المنصوب بالنصب الخاص، بل يظهر من بعض الروايات انّ التنفيذ يدخل فى شؤون القاضى بأن يتصدى لبيع مال المديون الممتنع فى اداء دينه ونحو ذلک على نحو مايأتى.

وهل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى[1]؟ قيل: لا لأنّه حق له فلايستوفيإلاّ بمسألته.

وصوره الحكم أن يقول: ألزمتک أو قضيت عليک أو إدفع إليه ماله[2].

الشَرح:

نعم لو كان فى البين من هو منصوب ممّن له ولايه شرعيه لاستيفاء الحقوق وتنفيذ قضاء القاضى لم يكن للقاضى التصدى للتنفيذ، بل عليه ايصال قضائه فى الواقعه إليه ولو بالكتابه كماتقدم.

[1] لم يثبت أنّ الحكم فى الواقعه بعد رفعها إلى القاضى للحكم حق للمدّعى، بأن لا يجوز ولا ينفذ قبل مسألته، بل مقتضى ما ورد فى ميزان القضاء جواز الحكم بعد تمامه، فيعمّه ما دلّ على نفوذه من غير فرق بين تمام الميزان بالاقرار النافذ أو بغيره من تمام البيّنه التى اقامها المدّعى بدعواه أو استحلاف المدعى عليه، كما إذا لم يقم بيّنه على دعواه.

وبالجمله: جواز الحكم يترتب على تمام ميزانه بعد رفع الواقعه إليه للحكم فيها، سواء أكان المنتفع بالحكم المزبور هو المدّعى أو المدعى عليه، وكما أنّ الحكم مع انتفاع المدعى عليه أو عدم انتفاعه من حق المدعى عليه كذلک الحال بالاضافه إلى المدعى.

[2] قد ذكرنا سابقاً الفرق بين الفتوى والقضاء، وانّ الافتاء هو تعيين المجتهد الكبرى الشرعيه المجعوله المستفاده بنظره من مدارک الأحكام ، فيعتبر هذا التعيين بالاضافه إلى العامى على ماهوالمقرر فى باب الاجتهاد والتقليد، ويكون تطبيقها على مواردها بيده.

وانّ القضاء سواء أكانت المخاصمه فى الواقعه الخارجيه ناشئه عن الاختلاف فى تعيين الكبرى الشرعيه كما إذا اختلفت الزوجه مع سائر الورثه فى ارثها من العقار

ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتّى يعلم اسمه ونسبه أو يُشهد شاهدا عدل[1]، ولو شهد عليه بالحُليه جاز ولم يفتقر إلى معرفه النسب واكتفى بذكر حليته.

الشَرح:

بأن قالت: إنّها ترث منها، وأنكر ذلک سائرالورثه، أم كانت ناشئه عن الاختلاف فى تحقق الموضوع أو المتعلق كما فى دعوى امرأه أنّها زوجه أبيهم المتوفى ونفيهم كونها زوجته هو تعيين الحكم الجزئى فى الواقعه، سواء أكان بتطبيق الكبرى الكليه المجعوله فى الشرع بتلک الواقعه أم بتعيين الموضوع والمتعلق لتمام المثبت أو النافى لهما بقصد انهاء الخلاف وقطع الخصومه.

والظاهر عدم الفرق بين أن يكون انشاء الحكم الجزئى بالتلفظ أو بالكتابه وكان انشاؤه بالدلاله المطابقيه أو التزاميه، وكذا الحكم بتحقق الموضوع أو المتعلق بقصد انهائها.

[1] يظهر ممّا تقدم الحال فى كتابه القاضى حكمه بعد انشائه أو كتابه اقرار المعترف بوجه، حيث ذكرنا أنّ الكتابه بعد الحكم لا تدخل فى القضاء، ولكن إذا توقف تنفيذه على كتابته أو التمس بها المحكوم له حتى لايتمكن خصمه من تجديد المخاصمه بدعوى عدم القضاء وأراد القاضى كتابته مباشره أو تسبيباً فعليه أن يكتب بنحو يؤمن من التزوير بأن يكتب فيها اسم المقر ونسبه وكذا فى كتابه الحكم فيكتب: انّ فلان بن فلان قداعترف عندى بكذا، ويشهد على اسمه ونسبه شاهدا عدل ولو عيّن القاضى المقر مع عدم معرفته باسمه ونسبه وعدم قيام شاهديعدل بوصفه المميز له عن غيره، بنحو لايمكن الاشتباه عاده كفى، كأن يكتب انّه اعترف عندى من يكون عينه اليسرى مقلوعه ولونه أسود ورجله اليمنى مقطوعه بكذا وكذا لفلان بن فلان. كلّ ذلک للأمن من التزوير أو خوف تجديد المخاصمه.

ولو ادعى الإعسار[1] كشف عن حاله فإن استبان فقره أنظره وفى تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان أشهرهما الانظار حتى يوسر، وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذُكر فى باب المفلّس.

الشَرح:

وقد تقدم أيضاً أنّ الكتابه ولو فى مورد توقف انهاء المخاصمه خارجاً وتنفيذها عليها لا يمنع عن أخذ الاُجره عليها؛ لأنّ مجرّد الوجوب لا يمنع عن أخذ الأُجره، نعم إذا كان القاضى منصوباً واشترط عليه كتابه القضاء أو أمر بها ولى الامر لزم رعايه الشرط والأمر.

[1] ثمّ إنّ الموسر إذا امتنع عن اداء ما عليه بعد الحكم أُجبر عليه، ومع مماطلته أو اصراره على الامتناع فالمذكور فى كلام جمله من الأصحاب جواز عقوبته بالتغليظ عليه فى القول، ولو التمس غريمه حبسه حبس، بل ادّعى بعضهم عدم الخلاف فى ذلک.

ولعل الظاهر منهم انّ للحاكم التخيير بين حبسه وتصدّيه للاداء من ماله، ولكن فى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبى فيقسّم بينهم»(1)، وفى بعض النسخ «كان يحبس الرجل إذا التوى» ولعله الصحيح، فالمتيقن من صوره تصدّيه الاداء عدم امكان اجباره ولو بالحبس والتغليظ له و حبسه لمماطلته و منعه عن المنكر والزامه باداء ما عليه من مال الغير.

ولو ادّعى الإعسار فقد ذكرالماتن قدس سره أنّه كشف الحاكم حاله، فإن ظهر فقده المال أمهله، ولا يجوز مع ظهور فقره تسليمه إلى غريمه ليستعمله بازاء الدين أو يوجره ولو مع مطالبته بهذا التسليم، وأن يظهر ذلک ولو مع عدم المطالبه من روايه إلاّ أنّ الأشهر هو الأنظار.

1- (1) الوسائل: 13، الباب 6 من أبواب الحجر، الحديث 1: 147.

....

الشَرح:

ولعلّ الأخذ بروايه الانظار لموافقتها الكتاب المجيد قال اللّه سبحانه: «وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»(1)، وفى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ علّيّاً عليه السلام كان يحبس فى الدين فإذا تبين له حاجه وافلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالاً»(2)، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «انّ امرأه استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال: «إنّ مع العسر يسرا».(2)

ولكن مع ذلک عن الشيخ فى النهايه أنّه يدفع إلى غرمائه ليوجروه أو يستعملوه، لمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه «أنّ علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ماشئتم، إن شئتم اجروه، وإن شئتم استعملوه»(4)، وقد ظهر ممّا تقدم ضعفه.

أضف إلى ذلک انّ الأصل عدم ولايه الحاكم عليه بالتسليم وعدم ولايه الغريم بالايجار، نعم لو كان المديون من أرباب الحرف والصناعه وطلب الغريم استيجاره للعمل وجب على المديون القبول إذا كان فى العمل له اداء دينه كلاً أو بعضاً ، بخلاف العمل لغيره، ولا يبعد جواز اجباره على الاجاره المزبوره؛ لأنّ المراد باخلاء السبيل اطلاقه عن الحبس ليستفيد مالاً، فلا ينافى الإجبار عليها مع اطلاقه عن الحبس.

ثمّ هل للحاكم حبس المديون المدعى الاعسار حتى يتبيّن حاله؟ عن جماعه منهم المصنّف فى كتاب المفلّس التفصيل، وهو أنّه إذا احرز المال لمدعى الاعسار

1- (1) البقره: 280.
2- (3) الوسائل: 13، الباب 7 من أبواب الحجر، الحديث 3: 148.

....

الشَرح:

سابقاً ولو بثبوت دعواه عليه كما إذا كانت مخاصمه مع غريمه وقد أثبت الاقتراض على خصمه ففى مثل ذلک لا تقبل دعوى اعساره بل يحبس حتى يظهر حاله ولو بقيام البينه باعساره بتلف أمواله أو تلف ذلک المال ويخلى سبيله، وأمّا إذا لم يعلم المال له سابقاً كما إذا ادّعى عليه انّه قتل دابته فأقر به وادعى اعساره، وفى الفرض لا يحبس ولعله لاستصحاب عدم المال، غايه الأمر لو ادعى غريمه عليه أنّه موسر ونكل عن الحلف على عدم يساره يحبسه الحاكم مع ردّ اليمين على مدّعى يساره أو بمجرّد نكوله على الخلاف فى جوازالحكم بمجرّد النكول أو أنّه يكون بعد ردّ اليمين.

ولكن عن بعض أنّ مقتضى موثقه غياث بن إبراهيم المتقدمه عدم الفرق فى جواز الحبس إلى تبيّن العسر بين الفرضين، ودعوى عدم الاطلاق لها فإنّ مدلولها نقل الفعل ولعلّ الفعل كان فى فرض احرازالمال للمديون سابقاً أو فى فرض دعوى المال بالاقتراض ونحوه يدفعها أنّ الحكايه لبيان وظيفه القاضى ولو كان ذلک فى بعض الفروض تعرّض عليه السلام لذكره.

أضف إلى ذلک أنّ ما قيل من أنّ استصحاب عدم المال له لايثبت عسره، فإنّ الاستصحاب المزبور ينفع فى مثل اعطاء الزكاه حيث إنّ الفقر المعتبر فى مستحق الزكاه عدم ملكه قوت السنه وعدم الحرفه له، بحيث يتمكن معها على تحصيل قوتها، ويمكن اثبات عدم الملک وعدم الحرفه كذلک بالاستصحاب، بخلاف العسر، فإنّه العجز عن أداء الدين اللازم لعدم المال، ولايمكن ذلک بالاستصحاب.

وهل حبس المديون يختصّ بما إذا كان رجلاً أو يعم المرأه أيضاً؟ يمكن دعوى الاطلاق فيما تقدم، نعم لا يحبس الوالد لدين ولده، بل الوالده لدين ولدها، لمنافاه طلب حبسهما لمصاحبتهما بالمعروف، وفى صحيحه الحسين بن أبى العلاء قال:

وأمّا الانكار:

فإذا قال: لا حق له علىّ، فإن كان المدّعى يعلم أنّه موضع المطالبه بالبينه[1] فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدّعيألک بينه، وإن شاء سكت وأمّا إذا كان المدّعيلايعلم أنّه موضع المطالبه بالبينه وجب أن يقول الحاكم ذلک أو معناه، فإن لم تكن له بينه عرّفه الحاكم أنّ له اليمين.

الشَرح:

«قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : مايحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إلى أن قال : أو كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يحبس الأب للابن».

وكذلک يشكل جوازحبس المديون المريض مع كون الحبس مضرّاً بحاله بناءً على تأخير اقامه الحد على المريض حتى برئه، كما سيأتى فى باب الحدود، وكذا فيما إذا كان فى البين مانع آخر ككونه أجيراً للغير ويكون الحبس منافياً للعمل لذلک الغير.

[1] إذا أجاب المدعى عليه بالانكار فعلى المدعى اثبات دعواه بالبينه، ويطلبها الحاكم مقدمه لحكمه بالثبوت، نعم إذا علم المدعى أنّ إقامه البيّنه بدعواه وظيفته لا يجب على القاضى سؤال البيّنه عنه، بل يجوزله أن يسكت، كما هو ظاهر المصنّف قدس سره ، ولكن لايبعد لزوم المطالبه مطلقاً، لأنّ القضاء فصل الخصومه وإنهائها ومع عدم المطالبه يبقى فى البين اعتذار المدعى لتجديدها، بأنّه كان لى بينه فلم أحضرها أيضاً انتظاراً لمطالبه الحاكم.

نعم لو كان المدعى عالماً بأنّ احضارها أيضاً لا يتوقف على مطالبه الحاكم لا يجب على القاضى سؤالها وإن يحتمل ذلک فى موارده أيضاًسداً لباب تجديد المنازعه بدعوى المدعى الجهل بأن وظيفته اقامه البينه أو احضارها بلامطالبه القاضى ولكنه ضعيف كمايظهرذلک بالتأمّل، نعم لو احتمل القاضى جهله ذكر له أنّ عليه احضارالبينه.

....

الشَرح:

وأمّا إذا لم تكن للمدّعى بينه، أى لم يقم البينه بدعواه بعد المطالبه، والمراد من البينه المثبت لحقه، سواء كان شاهديعدل أم غيرهما، كشهاده العدل ويمينه، كما إذا كانت الدعوى مالاً، يذكر الحاكم للمدعيأنّ له استحلاف المدعى عليه إذا لم يعرف أنّ له ذلک، فإنّه يعتبر فى القضاء بحلف المنكر استحلاف المدعى، فإذا تبرّع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بلا مطالبه المدعى فلايجوزالحكم، كماعليه المشهورقديماً وحديثاً، بل قولاً واحداً.

ويشهد لذلک موثقه عبداللّه بن أبى يعفورعن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قِبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامه ماكان له وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قِبله مما قد استحلفه عليه».(1)

وفى خبر خضر بن عمرو النخعى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده؟ قال: «ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقّه».(2)

لا يقال: ظاهر الموثقه وإن كان ما ذكر من كون الاستحلاف حق للمدعى فلاينفذ حكم الحاكم بتبرع المدعى عليه بالحلف أو بمجرد احلاف الحاكم، وكذا خبرالنخعى، إلاّ أنّ ظاهرهما أنّ ما يترتب عليه سقوط الحق هو يمين المدعى عليه بعد استحلاف المدعى، من غير حاجه إلى حكم الحاكم.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 178.
2- (2) المصدرنفسه: الباب 10من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:179.

....

الشَرح:

وبتعبير آخر ظاهرهما عدم الحاجه إلى حكم الحاكم فيإنهاء الخصومه وسقوط حق الدعوى.

فإنّه يقال: ظاهر الموثقه ونحوها بيان وظيفه الحاكم عند حلف المنكر باستحلاف المدعى، وأنّه يحكم بانقضاء الخصومه وانهائها، خصوصاً بملاحظه قوله صلى الله عليه و آله : «إنّماأقضى بينكم بالبينات والأيمان»(1)، وليست ناظره إلى عدم الحاجه إلى الحكم بمجرّد حصول الحلف، كما أنّ مادلّ على ثبوت الحق بالبيّنه لا ينفى التوقف على الحكم فى موارد المخاصمه.

والمتحصل: أنّ طلب اليمين حق للمدعى على المنكر، فمع عدم اقامته البينه بدعواه فله مطالبه المنكر باليمين، وله حق تأخير الواقعه وايقافها كما هو ظاهر الموثقه.

ولايبعد أن يقال: إنّ هذا فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق له، كما هو ظاهرها وظاهرغيرها. وأمّا إذا كانت دعواه سقوط ماكان عليه من حق الغير، كما إذا ادعى اداء ماكان من دين الغير عليه الثابت باعترافه أو بالبينه، وأنكر الدائن ادائه فإن لم يقم البينه بالاداءولم يرض بيمين الدائن لإرادته تأخير الواقعه وايقاف الحكم فللحاكم احلاف الدائن على عدم الاداء وحكمه ببقاء الدين.

وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى كتاب على عليه السلام : «إنّ نبياً من الأنبياء شكا إلى ربّه كيف اقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه: أحكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، وقال: هذا لمن لم تقم له بينه»(2) فإنّ ظاهرها كظاهر غيرها انّ التحليف وظيفه الحاكم مع عدم اقامه المدعى البينه،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 169.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 1 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 167.

ولايحلف المدّعى عليه إلاّبعد سؤال المدّعيلأنّه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه، ولو تبرّع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلک اليمين وأعادها الحاكم إن التمس المدّعى.

ثمّ المنكر إمّا أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإذا حلف سقطت الدعوى ولو ظفر المدّعى بعد ذلک بمال الغريم لم يحلّ له مقاصته [1] ولو عاود المطالبه أثم ولم تسمع دعواه، ولو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع، وقيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

الشَرح:

فيرفع اليد عن الاطلاق بمطالبه المدعى فيما كان دعواه ثبوت حق له على الغير ويؤخذ فى غيره بالاطلاق.

[1] أمّاسقوط الدعوى وعدم سماع تجديدها فقد تقدم الكلام فيه وأنّه مقتضى نفوذ القضاء وعدم سماع البينه بعده، وأمّا عدم جوازالمقاصّه من مال الغريم فتدل عليه موثقه ابن أبى يعفورالمتقدمه حيث ذكر عليه السلام فيها: «وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قِبله ممّا استحلفه عليه»، ولكن بما أنّ القضاء بحلف المنكر أو بغيرها لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجّته من بعض آخر، فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّماقطعت له به قطعه من النار».(1)

يقال: إنّ المراد بذهاب الحق ذهابه فى دارالدنيا، بمعنى أنّه لا يجوزله فى دارها ترتيب آثار الحق له من جوازالمطالبه والتقاص به، وفى خبر النخعى المتقدم: «وان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»، ونحوه ما فى خبر عبداللّه بن وضاح قال: «كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم ، الحديث 1: 169.

....

الشَرح:

درهم إلى أن قال: فكتب أبوالحسن عليه السلام لا تأخذ منه شيئاً إن كان ظلمک فلا تظلمه ولولا أنّک رضيت بيمينه فحلفته لأمرتک أن تأخذ من تحت يدک ولكنک رضيت بيمينه الحديث»(1)، ولكن مورد الخبر القضاء غير النافذ كما لا يخفى.

وفى صحيحه سليمان بن خالد قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال آخذه لمكان مالى الذيأخذه وأجحده وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانک فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبته عليه».(2)

ولكن فى معتبره أبى بكر الحضرمى قال: «قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدنى وحلف عليها، أيجوز ليإن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال: نعم ولكن لهذا الكلام الحديث».(3)

ولكن لا يخفى أنّ المعتبره بناءً على نقل الشيخ مضمره، وعلى روايه الكلينى والصدوق قدّس سرّهما مسنده، وعن أبى عبداللّه عليه السلام ولكن ليس على نقلهما فرض حلف وعلى تقديره أيضاً تكون موثقه ابن أبى يعفور موجبةً للجمع بين صحيحه سليمان بن خالد والمعتبره، حيث يحمل الصحيحه على صوره الحلف بالاستحلاف ومعتبره أبى بكر على الحلف تبرعاً.

و دعوى بما أنّ الحلف لا يوجب ذهاب حق المحق واقعاً فالموثقه ناظره إلى ذهابه من حيث الدعوى والمطالبه فلادلاله لها على عدم جوازالمقاصه، وصحيحه سليمان بن خالد ظهورهايناسب الكراهه فلا تنافى معتبره أبى بكر لا يمكن المساعده

1- (1) المصدر نفسه:الباب 10 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2: 180.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 83 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 7: 204.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 4:203.

وقيل: إن نسي بينه سُمعت وإن أحلف والأوّل هو المروى، وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين وهنا أولى، وأمّا لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته[1] وحلّ مقاصّته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

الشَرح:

عليه، فإنّ حمل الموثقه على ما ذكر خلاف ظاهرها فإنّ ظاهرها تفريع نفى حق الدعوى على ذهاب مايدعيه من الحق، ويلزم على ذلک عدم جوازالمقاصه فلاحظ.

ثمّ إنّ الظاهرعدم جواز المقاصه من مال الغريم بعد استحلافه بلا فرق بين كون ما ادّعاه المدعى من الحق له ديناً أو عيناً. بل الظاهر عدم جواز الامساک فيما لوظفر المدعى بعد ذلک بنفس العين التى ادّعاها على ذى اليد الحالف، فإنّه وإن لم تخرج العين عن ملكه واقعاً فيما لوكان صادقاً فى دعوا وانّ القضاء لا يبطل الملكيه الواقعيه، كمايشهد بذلک صحيحه هشام المتقدمه وغيرها: «فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّماقطعت له به قطعه من النار»، إلاّ أنّه لا يجوز له تكليفاً بل وضعاً ماينافى القضاء ويعدّ معارضه للمنكر الحالف.

نعم يجوز للمدّعى المزبور ما لا ينافى نقضه و لا يعد معارضه له، كما إذا استعار العين المزبوره من الحالف المنكر من يعتقد أنّها ملک المدعى، فإنّ الاستيذان من المدّعى والاذن للمستأذن لا يعد نقضاً ولامعارضه للمنكروالله سبحانه هوالعالم.

[1] بلاخلاف ظاهر، فإنّ جوازمطالبه المنكر بالمال عليه مع تكذيبه نفسه ولو بعد الحلف والقضاء مقتضى نفوذ اقراره، ويبطل اليمين الذى حكم بها بذهاب حق المدعى.

لا يقال: ما دلّ على نفوذ الاقرار مع ما دلّ على أنّ الحلف من المدعى عليه يذهب بحق المدعى متعارضان بالعموم من وجه لافتراقهما فى الاقرار غير المسبوق بالحلف وفى الحلف غير الملحوق بالاقرار ويجتمعان فى الاقرار المسبوق بالحلف على

وإن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف [1] ولو نكل سقطت دعواه.

الشَرح:

النفى ويتعين الأخذ بما دل على أنّ اليمين يذهب بها الحق، لعدم عموم لفظى معتبر أو اطلاق كذلك في ناحيه نفوذ الاقرار، بل العموم مأخوذ من موارد مختلفه فيكون اصطيادياً فلايكون محرزاً مع الاطلاق أو العموم اللفظى على خلافه، ودعوى انصراف ما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق عن صوره تكذيب الحالف نفسه بعد ذلک لم يعلم لها وجه غير ماقيل من أنّ المرتكز فيأذهان المتشرعه وغيرهم الزام المقرّ على نفسه باعترافه.

فإنّه يقال: مضافاً إلى ما ذكر فى وجه الانصراف أنّه يتعين الأخذ بمقتضى تكذيب نفسه واعترافه بحق المدعى، سواء أكان تكذيبه واعترافه عند الحاكم أم عند المدعى، كمايشهد بذلک معتبره مسمع بن أبى سيار قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنى كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لى عليه، ثمّ إنّه جائنى بعد ذلک بسنتين بالمال الذى أودعته إيّاه، فقال: هذا مالک فخذه و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فهى لک مع مالک واجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن أخذ منه الربح وأوقفتُ المال الذى كنتُ استودعته وأتيتُ حتى استطلع رأيک، فماترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّله فإنّ هذا الرجل تائب واللّه يحب التوابين»(1)، فإنّها كالصريح فى جواز الأخذ بالحق مع اعترف الحالف المنكر، ولو كان اعترافه برد المال أو غيره كما لا يخفى.

[1] لا خلاف فيأنّه يجوز للمدّعى عليه ردّ اليمين على المدعى فى الجمله، وأنّه إذا ردّها عليه فإن حلف المدعى على حقه ثبت وان نكل سقط حقّه ودعواه.

ويشهد ذلک غيرواحد من الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام

1- (1) الوسائل: 16، الباب 48 من أبواب الإيمان، الحديث 3: 215.

....

الشَرح:

فى الرجل يدّعى ولا بينه له؟ قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(1)، وصحيحه جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا أقام المدعى البينه فليس عليه يمين، وإن لم يقم البينه فردّ عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له»(2)، وفى روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه قال: «قلت للشيخ: خبّرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله، قال: فيمين المدعى عليه فإن حلف فلا حق له وان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له»(3)، ولايبعد اعتبار هذه سنداً كما يأتى ونحوها غيرها، ومدلولها كما ذكرنا أنّ نكول المدعى عن اليمين المردوده كافٍ فى حكم الحاكم بسقوط حقّه، سواء أكان نكوله للإباء عن الحلف وان كان صادقاً أم كانت دعواه بنحوالتهمه وعدم العلم كما فى دعوى التفريط على من كان ماله بيد الآخر عاريه أو وديعه على ماتقدم.

وقد يقال: انّ حلف المنكر حق للمدعيلا ا ءنّه حكم شرعى فيجوز للمدعى اسقاطه بمعنى ابراء المدعى عليه من الحلف نظير ابراء الدائن لمدينه، وهذا الابراء والاسقاط بمنزله الاستيفاء فيجوز معه الحكم ببراءه عهده المدعى عليه عمّا كان يدعى عليه سواء أكان ديناً أم عيناً.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مقتضى مثل قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبينات والأيمان» لزوم اليمين فى القضاء، وكذا الاطلاق فى مثل قوله عليه السلام : «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قِبله ذهبت اليمين بحق المدعى»(4)، حيث لو كان الابراء عن الحلف كالحلف لزم تقييد فاستحلفه بذكر العدل

1- (1)الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1و6:176.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.
3- (3) المصدر نفسه :الباب 9 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:179.

....

الشَرح:

كقوله أو ابرأه.

وبتعبير آخر: المستفاد من الروايات كون رضا المدعى بحلف المنكر شرط فى صحّه الحلف يعنى جوازالحكم معه، نظير رضا الأب فى نكاح الباكره، لا أنّ الحلف المزبور كالدين على المديون حق للمدعى، ولذا لايترتب على عدم استحلافه إلاّ إيقاف الواقعه لو لم يسقط حق دعواه.

وتوهم أنّ عدم استحلاف المدعى بنفسه يوجب سقوط دعواه فلا يجوز له تجديد الدعوى بعد ذلک استناداً إلى معتبره عبيدبن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»(1)، بدعوى أنّ ضمير الفاعل يرجع إلى المدعى، فاسد فإنّ ظاهرها رجوع الضمير إلى المدعى عليه، ولا أقلّ من احتماله ومقتضى مادل على أنّ القضاء بالبينه والأيمان عدم سقوط الدعوى وعدم حصول القضاء بترک الاستحلاف، ولا ينافى ذلک القضاء بنكول المدعى عن اليمين المردوده لقيام الدليل عليه كما تقدم.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ الظاهر اختصاص جواز ردّ اليمين على المدّعى بما إذا كانت الدعوى ماليّه، حيث يجوز للمكلف أن يتحمل الضرر المالى احترازاً عن اليمين، ولو كان صادقاً أمّا إذا كانت الدعوى عليه غير المال كما إذا ادعى رجل على امرأه أنّها زوجته فانكرتها فعلى المرأه الحلف على نفى الزوجيه، ولا يجوزله ردّ اليمين على المدعى لأنّ ما ورد فى تخيير المدعى عليه بين الحلف وردّه على المدعى وارده فى دعوى الحق الظاهر فى المال، غايه الأمر سواء أكان ديناً أم عيناً. ولايبعد أن يقال لا دليل على كون اليمين المردوده من مدرک القضاه فى غير دعوى المال أخذاً بقولهم عليهم السلام:

1- (1) الوسائل:ج 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:176.

وإن نكل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف ولم يردّ، قال الحاكم [1]: إن حلفت و إلاّ جعلتک ناکلاً ويكرّر ذلک ثلاثاً، استظهاراً لا فرضاً، فإن أصرّ قيل: يقضى عليه بالنكول وقيل بل يرد اليمين على المدّعى فإن حلف ثبت حقّه وإن امتنع سقط، والأوّل أظهر وهو المروى.

الشَرح:

«البينه على من ادّعى واليمين على من ادعى عليه»(1) فإنّ مقتضاه كما أنّ البيّنه من المدعى عليه لاتكون مدركاً للقضاء كذلک اليمين من المدعى حتى ما لو كانت مردوده بردّ المدعى عليه وقد رفع اليد عن ذلک فى دعوى الأموال.

و دعوى الاطلاق فى بعض الروايات كقوله عليه السلام فى صحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ترد اليمين على المدعى»(2)، لا يمكن المساعده عليها فإنّ مقتضاها جواز ردّ اليمين على المدّعى تكليفاً أيضاً مع أنّه ذكرنا عدم امكان الإلتزام بجواز الردّ تكليفاً فى مثل دعوى الزوجيه حتى يؤخذ بلازمه، وهو نفوذ القضاء باليمين المردوده، واللّه سبحانه هوالعالم.

[1] إذا لم يحلف المدعى عليه المنكر ولم يردّ اليمين على المدعى، فظاهر المصنّف قدس سره أنّه يجب على الحاكم أن يقول للمنكر ما مضمونه ان حلفت أو ردّدت اليمين فهو، وإلاّ يجريعليک حكم الناكل، وانّ القول المزبور مرّه لازم وتكراره ثلاث مرات مستحب استظهاراً لنكوله، وعن بعض التصريح باستحباب القول المزبور ولا يجب حتى مرّه.

أقول: اللازم أن يعلم المنكر أنّ عليه اليمين أو ردّها إلى المدّعى، أمّا إذا لم يفعل فماذا يفعل القاضى فلايعتبر علم المنكر بذلک، بل استحباب القول المزبور أيضاً

1- (1) الوسائل:ج 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:170.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3:176.

....

الشَرح:

لايخلو عن الاشكال.

ودعوى أنّ استحبابه للتسامح فيأدله السنن لفتوى جماعه، يدفعها أنّ أدله التسامح لا تثبت استحباب الفعل، وعلى تقديره فلاتعمّ إلاّ موارد بلوغ الخبر المتعارف عن المعصوم عليه السلام .

ويمكن أن يقال نفوذ الحكم مع نكول المنكر مروى كما يأتى ومقتضى اطلاقه عدم اعتبار القول المزبور والنكول المستفاد من المروى هو امتناع المنكر عن الحلف والرد كما يأتى.

وكيف ما كان، فإذا نكل المنكر أو أصرّ عليه يحكم بثبوت دعوى المدعى كما عليه جماعه من قدماء أصحابنا ومتأخريهم، بل هذا هو المنسوب إلى الأشهر أو المشهور، وعن جماعه أخرى أنّ الحاكم يردّ اليمين معه على المدّعى فإن حلف على الحق له حكم بالثبوت وإلاّ فلا حقّ له، بل نسب ذلک أيضاً إلى الأكثر وعن الخلاف والغنيه الاجماع عليه.

ويستدلّ على الأوّل بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضى الأصل عدم اشتراط حكمه بحلف المدّعى مع نكول المنكر، والثانيأنّه مقتضى ما دلّ على أنّ البينه على المدّعى واليمين على المدعى عليه هو عدم مطالبه المدعى باليمين ويرفع اليد عن ذلک فيما إذا ردّ المدّعى عليه اليمين عليه.

ولا يخفى أنّ شيئاً من الوجهين لم يتم، فإنّ مقتضى الأصل عدم نفوذ الحكم بدون ردّ اليمين على المدّعى و حلفه عليه فإنّ جواز الحكم ونفوذه معه متيقّن وبدونه غير محرز، ومقتضى الأصل عدم نفوذه واعتباره، نظير مايشک فى اعتبارشىء فى معامله لم يكن لدليل اعتبارها اطلاق أو عموم يدفع به اعتباره فيها ولا يقاس المقام

....

الشَرح:

كالمعاملات بالشرط فى اعتبارشىء فى متعلّق التكليف؛ حيث إنّ مقتضى الاصل العملى فيه عدم الاشتراط كما هو المقرر فى بحث الأُصول العمليه من علم الأُصول.

وكذا مقتضى ما دلّ على أنّ البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه هو عدم اعتبار يمين المدعى، إلاّ أنّ ما دل على عدم القضاء إلاّ بالبيّنه واليمين مقتضاه عدم جواز القضاء بدون يمين المدعى عليه، فيرفع اليد عنه ما إذا ردّ المدعى عليه اليمين على المدعيأو ردّها الحاكم عليه. وبدونه يؤخذ بمقتضاها معاً وهو عدم نفوذ الحكم بلا بينه ولا يمين ولوكانت مردوده من المدعى عليه أو الحاكم.

والوجه الثالث صحيحه محمدبن مسلم الوارده فى كيفيه احلاف الأخرس، حيث ورد فيها «أنّ عليّاً عليه السلام كتب الحلف ثمّ غسله وأمر الأخرس بشربه فامتنع فألزمه الدين»(1)، حيث إنّ مقتضاه جوازحكم الحاكم بمجرّد امتناع المنكر عن الحلف.

لايقال: مقتضى ما ورد فى كيفيه احلاف الأخرس جواز الحكم بمجرّد امتناع المدعى عليه عن الحلف ولو لم يمتنع عن ردّ اليمين على المدعى.

فإنّه يقال: على تقدير هذا الاطلاق يرفع اليد عنه بما دلّ على أنّ للمنكر ردّ اليمين على المدعى عليه، فإن حلف فهو وإن أبى سقطت دعواه وبطل حقه.

أقول: الصحيح فى الجواب عن الاستدلال بالصحيحه منع اطلاقها، وانّه بمجرد نكول المدعى عليه للحاكم أن يحكم عليه، فإنّها وردت فى مقام بيان كيفيه احلاف المدعى عليه الأخرس لافى مقام جميع مايلزم فى الحكم على الأخرس المدعى عليه، والواقعه قضيه خارجيه، فلعلّ الإمام عليه السلام بعد تركه شرب الحلف أمره برد اليمين على المدعى فحلف، أو ردّها عليه الإمام عليه السلام فحلف، ثمّ ألزمه بالدين.

1- (1) الوسائل :ج 18، الباب 33 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:222.

....

الشَرح:

وقد يقال: غايه دلاله الصحيحه على جواز الحكم بمجرّد نكول المنكر أنّها بالاطلاق يعنى عدم ورود ردّ الإمام عليه السلام اليمين على المدعى ولكن مقتضى صحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: تردّ اليمين على المدّعى»(1)، هو لزوم ردّها على المدعى فى الحكم كان ذلک بردّ المدعى عليه أو الحاكم، وقد تقدم أنّ الرد ابتداءً للمدعى عليه.

وبالجمله: مقتضى صحيحه محمد بن مسلم الوارده فى احلاف الأخرس جواز الحكم مع نكول المدعى عليه، ولكن مقتضاها ذلک باطلاق، ومقتضى اطلاق صحيحه هشام لزوم ردّ اليمين فى الحكم ولو من الحاكم، بعد تساقط الاطلاقين يرجع إلى مقتضى الأدله الأوليه التى ذكرناه فى الجواب عن الوجه الثانى، وقلنا بعدم جواز الحكم بلا ردّ اليمين على المدعى ولو من الحاكم، ولو فرض عدم تمامه أيضاً يرجع إلى مقتضى الأصل العملى، وقد ذكرنا فى الجواب عن الوجه الأوّل أنّه الاشتراط.

وقد يقال: فى وجه ردّ الحاكم اليمين على المدعى بأنّه ولى الممتنع والمنكر فيما إذا امتنع عن ردّ اليمين فيردها الحاكم ولايه عليه، ولا يخفى ما فيه، فإنّ الثابت من حق المدعى على المنكر الاستحلاف فله أن لا يطالبه بالحلف كماتقدم، أمّا ردّ اليمين على المدعى فهو مسقط لحق المدعى على المدعى عليه؛ ولذا لو امتنع المدعى عن الحلف بعده أو قال لا أُريد ردّ الحلف سقطت دعواه، وولايه الحاكم على الممتنع فيما كان ذلک حقّاً للغير على الممتنع.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه ربّما يستدل لجواز الحكم بمجرّد نكول المدعى عليه بخبر عبدالرحمان بن أبى عبداللّه «قال: قلت للشيخ عليه السلام : خبّرنى عن الرجل يدعى قبل

1- (1) الوسائل :ج 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3:176.

ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه[1].

الشَرح:

الرجل الحق فلا يكون له بينه بماله، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلاحق له وإن لم يحلف فعليه الحديث»(1)، فإنّ مدلوله جواز الحكم على المدعى عليه بمجرّد تركه ما عليه من الحلف غايه الأمر ترفع اليد عن اطلاقه صوره ردّه اليمين المدعى فلم يحلف.

وفيه: أنّ الروايه فى سندها ياسين الضرير البصرى ولم يوثق، ولم يثبت كونه من المعاريف، مع أنّ الصدوق قدس سره نقل فى الفقيه بعد قوله: فإن حلف فلاحق له، وان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له بل نقل فى الوسائل عن الكافى كما فى الفقيه(2) وجعل: وإن لم يحلف فعليه، نسخه، وعلى ذلک فلا يمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت النقل.

وقد تقدم أنّ مقتضى الاطلاق فى صحيحه هشام تعين الرد على المدعى كان الراد هوالمدعى عليه أو الحاكم، بل لزوم الرد مع امتناع المنكر عن الحلف والردّ مقتضى الأصل، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] قيل: هذا بناءً على كفايه نكوله فى حكم الحاكم، أمّا بناءً على ردّ الحاكم اليمين على المدعى فيقبل بذله ما دام لم يحلف المدعى، ولا يبعد ذلک، فإنّه قد تقدم أنّ مع حلف المدعى باليمين المردوده يثبت ميزان القضاء بالحق وانّ ما دلّ على أنّ ميزان القضاء البينه من المدعى ومع عدم اقامتها اليمين من المنكر يرفع اليد عن اطلاقه بما إذا دلّ على أنّ حلف المدّعى على حقه بعد ردّ اليمين عليه ميزان لثبوته وابائه موجب لسقوطه، وإذا لم يحصل هذا الحلف والاباء فيؤخذ بالاطلاق المزبور، ومقتضاه نفوذ

1- (1) الوسائل :ج 18، الباب من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.
2- (2) الكافى7: 415، التهذيب 6: 229، الفقيه 3:38.

....

الشَرح:

بذل اليمين من المنكر.

ودعوى أنّه إنّمايفيد بذل اليمين من المنكر إذا لم يحكم الحاكم بكونه ناكلاً وإلاّ فلا فائده لبذل المنكر اليمين لا يخفى ما فيها، فإنّ المفروض أنّه لم يثبت انّ نكول المنكر ميزان القضاء بل الثابت انّ حلف المدّعى بعد الرد عليه و ابائه ميزان القضاء بثبوت الحق أو سقوطه وإذا لم يحصل هذا الميزان الذى اعتباره فى طول عدم حلف المدعى عليه وحلف المدعى عليه على نفى الحق ثبت ميزان القضاء بسقوط الحق والنكول بنفسه ليس مورد المخاصمه ليكون حكم القاضى فيه فاصلاً.

وممّا ذكرنايظهر الحال فيما إذا رجع المنكر عن ردّ اليمين على المدعى وحلف على نفى الحق قبل حلف المدعى على ثبوته فإنّ مقتضى قوله (صلوات اللّه وسلامه عليه): «البيّنه للمدعى واليمين على من أنكر»، نفوذ هذا الحلف من المنكر، وفى موثقه ابن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أنّ لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له»(1)، فإنّ عمومها يعمّ المقام.

ونظير ذلک ما إذا لم يقم المدعى البينه بدعواه، ولكن قبل حلف المدعى عليه على نفى حقّه أقامها كما إذا حضر مجلس القضاء اتّفاقاً شاهدان كان كل منهما عالماً بحقّه فشهدا، فإنّ شهادتهما فى الفرض داخله فى قوله عليه السلام : «البينه على المدعى» وأنّها ميزان القضاء بثبوت الحق.

بقى فى المقام أُمور:

منها: ما إذا طلب المنكر الامهال فى اختيارالحلف أو ردّ اليمين، فهل يجوز للحاكم أو يتعين عليه الامهال له أو لايسمع طلب؟

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث1:179.

....

الشَرح:

فنقول: لا ينبغى التأمّل فى جوازه فيما إذا رضى المدعى بالتأخير؛ لأنّ الحلف فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق على الغير حق له فيكون له التأخير فى المطالبه، أمّا إذا لم يرض بذلک فالإمهال من الحاكم مشكل فيما إذا كان فى الحضورثانياً نفقه السفر ونحوها، بل لا يبعد أن يكون مقتضى مثل معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بيّنه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق»(1)عدم الحق للمنكر فى الاستمهال.

ومنها: ماهو المنسوب إلى الشهره من أنّ ردّ المنكر اليمين على المدعى فيما إذا كانت دعواه لنفسه وكونها جزميه، أمّا إذا كانت لغيره كما إذا كان المدعى وليّاً أو وكيلاً أو وصياً وادعى على الغير مالاً للمولّى عليه أو لموكّله أو الوصيه بالمال الذى بيد الوارث وأنكرها الغير أو الوارث فإنّه لا يكون مورد لردّ الحلف، بل يتعين على المنكر الحلف على نفى الحق، وإلاّ فيحكم الحاكم بثبوته بمجرّد نكوله وامتناعه عن الحلف، وكذا فيماكانت دعواه غير جزميه كدعوى التهمه فى اتلاف ماله الذيكان بيد الغير أمانه أو عاريه أو اجاره.

والوجه فى ذلک انّ ما ورد فى أنّ البينه على المدعى واليمين على من أنكر مقتضاه تعين اليمين على المدعى عليه، غايه الأمر قد رفع اليد عن دلالتها على تعيّنها عليه بما دل على أنّ له ردّ اليمين على صاحب الحق المدعى، وإذا لم يكن المدعى صاحب الحق كما فى دعوى الولى والوصى والوكيل فلا موضوع لرد اليمين، وكذا ما ورد فى ردّ اليمين فظاهره انّ للمنكر ردّ اليمين إلى المدعى الذى يرى نفسه صاحب الحق، والدعوى فيما إذا كانت بنحو التهمه لا يرى المدعى نفسه صاحب الحق، بل غايته أنّه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2:176.

....

الشَرح:

يظن أنّ له الحق على المدعى عليه.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام : «فى الرجل يدعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له»(1)، وفى معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بيّنه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»(1)، إلى غير ذلک ممّا ظاهره الردّ على المدعى الذى يرى نفسه صاحب الحق، وفى غيره يؤخذ بما تقدم ممّايكون مقتضاه تعيّن الحلف على المدعى عليه.

أقول: الأظهر جواز ردّ اليمين على المدّعى فى موارد كونه وليّاً أو وصياً أو حتى إذا كان وكيلاً، وذكر صاحب الحق فيأكثر الروايات الوارده فى ردّها لا يمنع عن الرد عليهم فإنّ ظاهرها صاحب الحق أصاله أو بالولايه والوصايه أو حتى بالوكاله، ويجوز لهم الحلف باليمين المردوده فإنّه لا يعتبر فى الحلف إلاّ العلم بمايحلف عليه، ولو ادعى عدم ظهورها فى العموم واختصاصها بصاحب الحق بالأصاله لكان طالب الحلف من المنكر فيما إذا كان المدعى ولياً أو وصياً مشكلاً؛ لأنّ الوارد فى موثقه عبد اللّه بن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكرلحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى».

أضف إلى ذلک اطلاق صحيحه هشام المتقدمه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: ترد اليمين على المدعى»(3)، فإنّه وإن قلنا سابقاً إنّه لا يمكن الأخذ باطلاقها بالإضافه إلى موارد الدعوى فى غير الأموال، إلاّ أنّ الأخذ باطلاقها من حيث كون المدعى

1- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3:176.

....

الشَرح:

فيها صاحب المال بالأصاله أو بالولايه والوصايه أو الوكاله بلا مانع.

ولا يبعد أيضاً أن يقال فى موارد كون المدعى وكيلاً يكون الرد عليه رداً على الموكّل أيضاً، وإذا ردّ المنكر الحلف عليه فإن حضر الموكّل وحلف على حقّه ثبت حيث إنّ التوكيل يوجب استناد الدعوى إلى الموكل أيضاً، فيكون سقوط حقه بإباء الوكيل والموكّل عن اليمين المردوده وثبوته بحلف أحدهما.

وأمّا فى موارد الدعوى على الغير تهمه فيما إذا كان المال بيد الغير فلامورد لردّ المنكر اليمين على المدعى، بل المنكر فيها إذا أقام البينه بعدم الخيانه وتلف المال بلا تفريط أو حلف عليه فهو أنّ كلاًّ منهماتسقط دعواه وإن لم يقم بينه أو لم يحلف فهو ضامن للمال.

وهذا كما ذكرنا استفيد ممّا ورد فى ضمان الأجير وفى صحيحه عبداللّه بن مسكان عن أبى بصير، كماتقدم، قال: «لا يضمن الصائغ والقصارو لاالحائک إلاّ أن يكونوا متهمين فيجيئون بالبينه ويستحلف لعلّه يستخرج منه شى ء» مع ملاحظه ما ورد فى أنّهم إن أقاموا البينه فهو و إلاّ فيضمنون حيث تقيّد الثانيه بالأولى فتكون النتيجه لزوم اقامه البينه بالتلف من غير افراط أو الحلف عليه و إلاّ فيضمن.

نعم الموارد التى أشرنا إليها من سماع الدعوى فيها بنحو عدم الجزم مع عدم كون من بيده المال أجيراً، كدعوى التهمه على الودعى والمرتهن والمستعير والوكيل وعامل المضاربه، يمكن القول فيها بأنّه لا يستفاد الحكم فيها ممّا ورد في اتّهام الأجير بل هى باقيه فى دعوى المال على الغير مع فرض كونه أميناً من قبل المدعى فيجرى عليها ردّ اليمين على المدعى، غايه الأمر إذا لم يحلف المدعى على حقه ولو لعدم علمه بالحال سقطت دعواه، كسقوط دعواه بيمين الأمين، ولكن لايبعد التعدى منها

ولو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم احضرها[1] لأنّ الحق له، وقيل يجوز وهو حسن.

ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدّعى، ومع الإقامه بالشهاده لايحكم إلاّ بمسأله المدّعى أيضاً.

الشَرح:

إلى موارد كون من بيده المال متّهماً بلا فرق بين الأجير وغيره، ويؤيده ماورد فى دعوى المرتهن تلف الرهن.

[1] نسب عدم الجواز إلى الأكثر وإلى جماعه كالشيخ فى المبسوط وابن ادريس فى السرائر، كما نسب الجواز إلى بعض كظاهر المهذب، وعن بعضهم التفصيل كالعلاّمه فى المختلف والشهيد فى الدروس بين علم المدّعى بأنّ له حق الاحضار فلا يجوز، وبين جهله فيجوز.

ويظهر من تعليل عدم الجواز بأنّ احضارها حق للمدعى كون المراد بقوله احضرها أمر المدعى والزامه باحضارالبينه، ومن الظاهرأنّ الزامه باحضارها غير جائزسواء أكان عالماً بأنّ له حق الاحضار أم لا، حيث انّ الممتنع عن أداء حق يؤمر ويجبر عليه ولكن الممتنع عن استيفاء حقه والانتفاع به لا يجبر عليه.

نعم إذا كان الأمر بنحو الارشاد إلى أنّ للمدّعى احضار البينه واقامه الشهاده بدعواه لا بأس به بالاضافه إلى المدعى العالم، ويجب بالاضافه إلى الجاهل؛ لأنّ فى تعليم الجاهل تمكيناً له على الوصول إلى حقّه، وقد شرع القضاء له.

وأمّا الالزام فلايجوز؛ لأنّ له العدول عن دعواه أو رضاءه بحلف خصمه، ولو مع تمكّنه على اثبات دعواه بالبينه، كمايدل عليه ما فى موثقه عبداللّه بن أبى يعفورمن قوله: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قِبله

....

الشَرح:

ذهب اليمين بحقّ المدعى».(1)

نعم لا أثر الحلف المنكر أو استحلافه بعد احضار البينه وشهادتها، لمثل قوله عليه السلام فى صحيحه سليمان بن خالد الوارده فى الاحلاف: «هذا لمن لم تقم له بينه»(2) فإنّ ظاهره تمام الشهاده وحصول ملاک القضاء، لا مجرد احضار البينه.

واحضارها مجلس الحكم وقوله هذه بينتى كاف فى وجوب الشهاده على الشاهدين، كما هو مقتضى قوله سبحانه:«وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»(3)، «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا»(4) فللحاكم طلب الشهاده منهما ولا دليل على كون الطلب حق المدعى، كما لايكون حكم الحاكم بعد تمام الشهاده حقّاً للمدعيأخذاً بقوله سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»(5) ولوجوب القضاء وفصل الخصومه واستيفاء حقوق الناس لبعضهم من بعض، فلا يكون اداء الشهاده والحكم بعده من حق المدعى.

ولكن لا بأس بالصلح بينهما بعد اداء الشهاده بل بعد الحكم حيث إنّ الصلح جائزبين المسلمين كما إنّ للمدعى اسقاط حقّه قبل اداء الشهاده أو بعدها وكذا قبل حكم الحاكم وبعده.

وبالجمله: ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ الحاكم لا يسأل الشهاده إلاّ بعد التماس المدعى وكذا لا يحكم إلاّ بعد التماسه، لايمكن المساعده عليه فإنّ ذلک من وظائف الحاكم واداء الشهاده وظيفه الشاهد مع طلب الشهاده منه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:179.
2- (2) المصدرنفسه:الباب 1 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:167.
3- (3) الطلاق: 2.
4- (4) البقره: 282.
5- (5) النساء: 135.

وبعد أن يعرف عداله البينه يقول هل عندک جرح [1]، فإن قال: نعم وسأل الإنظار فی اثباته أنظره ثلاثاً فإن تعذّر الجرح حکم بعد سؤال المدّعی.

الشَرح:

[1] إذا کان القاضی عالماً بعداله الشاهدین وبعد ادائهما شهادتهما یتمّ عنده میزان القضاء فله الحکم بثبوت الدعوی ولا یعتنی بشهاده الجارح فضلاً عن احتمال وجوده لأنّ مع علم القاضی بعداله الشاهدین لا تکون بیّنه الجرح معتبره فی حق القاضی، أمّا إذا لم یعلم القاضی بعدالتهما، وإنّما یقبل شهادتهما لوجود بینه التزکیه أو حسن الظاهر.

فقد یقال: یجوز له الحکم أیضاً لحصول ملاک میزان القضاء وأصاله عدم الجارح. غایه الأمر یکون للخصم دعوی فسق الشاهدین واثبات فسقهما ومع اثباته ولو بعد الحکم ینقض الحاکم حکمه؛ لأنّ عدم نقض الحکم بالبیّنه القائمه بعدالحکم فیما إذا کان الحکم السابق برضی المدعی بحلف المنکر.

ولکن المنسوب إلی المشهور أنّه لو ادّعی الخصم وجود الجارح أنظره الحاکم ثلاثه أیام من غیر تفصیل بین بعد المسافه وقربها.

وفی روایه سلمه بن کهیل عن علی علیه السلام من قوله: «واجعل لمن ادّعی شهوداً غیباً امداً بینهما»(1)، وظاهرها جعل الإنظار بحیث یناسب احضارها فیکون الانظار بالثلاثه بلا مستند یصلح الاعتماد علیه.

کما أنّ روایه سلمه بن کهیل لا یمکن الاعتماد علیها لضعف سندها وعدم دلالتها علی حکم المقام، فإنّ المقام فی الامهال فیما إذا ادعی الخصم البینه له بالجرح، وظاهر الروایه امهال المدعی إذا کان له شهود غیّب بحقّه.

ولا یبعد أن یقال: إنّ مع تمام میزان القضاء بشهاده شاهدین المحرز

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث 1:155.

ولا يستحلف المدّعى مع البينه إلاّ أن تكون الشهاده على ميت[1]، فيستحلف على بقاء الحق فى ذمته استظهاراً.

الشَرح:

عدالتهما بالبينه لا موجب لوقف القضاء، حتى إذا إدّعى الخصم أنّ له بينه الجارح، غايه الأمر إذا ظهر فسق الشاهدين وخلاف بينه التزكيه يلغى الحكم؛ لانكشاف كون الحكم لم يكن بالبينه العادله، ولايقاس بقيام البينه بالحق بعد الحكم بحلف المنكر أو نكول المدعى عن اليمين مع ردّها عليه؛ لماتقدم من سقوط الحق باليمين المزبوره وإنّ هذا اليمين تثبت الحق إذا ردت على المدعى، ومع نكوله تكون موجبه لسقوط حقّه.

وبتعبير آخر لم يكن احضار المدعى البينه بعد تمام الحكم بالحلف كاشفاً عن عدم كون الحكم السابق عند صدوره بميزان القضاء بخلاف صوره العلم بفسق شاهدى الدعوى أو قيام بيّنه الجارح لهما فى زمان شهادتهما بحق المدعى.

[1] لا خلاف بين أصحابنا أنّه لا اعتبار بيمين المدعى مع اقامته البينه بدعواه ويشهد لذلک مثل قوله صلى الله عليه و آله : البينه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه»(1)، حيث إنّ التفصيل قاطع الشركه، وفى صحيحه محمد بن مسلم «قال:سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينه على حقّه هل عليه أن يستحلف؟ قال :لا»(2)، وفى خبر أبى العباس عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البينه على حقّه فليس عليه يمين الحديث».(3)

ونقل عن بعض العامّه اعتبار اليمين مع بينه المدعى، ويوافق ذلک ما فى خبر سلمه بن كهيل من قوله عليه السلام لشريح «وردّ اليمين على المدّعى مع بيّنته فإنّ ذلک أجلى للعمى وأثبت فى القضاء»(4) ومع ضعفه سنداً، ومعارضته مع ما تقدم، وكونه على وفاق

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:170.
2- (2) المصدرنفسه:الباب 8 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:177.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 4:178.

....

الشَرح:

العامه لا يمكن الاعتماد عليه. بل فى حمله على الاستحباب حتى مع طلب المدعى عليه ورضا المدعى مشكل؛ لظهوره فى الحكم الوضعى واعتباره فى القضاء.

وكيف كان فقد استثنى الأصحاب من الحكم الدعوى على الميت بالدين عليه فإنّه لو أقام المدعى البيّنه بدعواه فى ثبوتها انضمام يمين المدعى بالبينه، ومع عدم أحدهما لا تثبت الدعوى، وقد يقال: بعدم تعرض الأصحاب لهذا الاستثناء قبل المصنف غير الشيخ قدس سره .

ويدلّ على اعتبارضم اليمين صحيحه الصفار إلى أبى محمد عليه السلام : «هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين وكتب: أيجوزللوصيأن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام :نعم وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده، وكتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام : نعم من بعد يمين».(1)

والاستدلال بما فى الذيل ، حيث إنّ ظاهره اجتماع شرط الشاهد فى الوصى من غير جهه كونه وصياً وجوابه عليه السلام بقبول شهادته مع شهاده عدل آخر من بعد يمين مقتضاه اعتبار يمين المدعى، كما ذكر فى صدرها، ولا يضرّ ما فى الصدر من اعتباراليمين فى الدعوى للميت على الحىّ، لأنّ عدم امكان الأخذ بما فى الصدر لما دلّ على عدم اعتبار اليمين مع البينه للمدعيلا يوجب طرح غيره من الحكم الوارد فيها.

لا يقال: لايمكن الأخذ بما فى ذيلها أيضاً لمعارضته بصيحيحه أُخرى للصفار «قال: كتبت إلى أبى محمد عليه السلام : رجل أوصيإلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب الشهادات، الحديث 1:273.

....

الشَرح:

صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرک الأوصياء الصغار؟ فوقّع عليه السلام : نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلک»(1)، حيث إنّ ظاهر هذه اداء الدين على الميت فى صوره اثبات مدعيه بشهود عدول ولو كان ضم اليمين مع الشهود العدول معتبراً تعرض عليه السلام لاعتبار الضم فى الجواب.

فإنّه يقال: غايه دلاله هذه الصحيحه على عدم اعتبارضم اليمين إلى البينه فى الدعوى على الميت بالاطلاق بعدم ذكر ذلک فى الجواب فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد فى صحيحته المتقدمه، مع أنّ من المحتمل جداً أن يكون ما فى الكلام السائل بشهود عدول قيداً لقضاء الكبار.

ويظهر اعتبار الضم من روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه «قال: قلت للشيخ عليه السلام إلى أن قال: قال عليه السلام : وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنه فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا اله إلاّ هو لقد مات فلان وانّ حقّه لعليه فإن حلف وإلاّ فلاحقّ له، لأنّا لاندرى لعلّه قد أوفاه ببينه لانعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البينه فإن ادعى بلا بينه فلاحقّ له لأنّ المدعى عليه ليس بحىّ ولو كان حيّاً لأُلزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثمّ لم يثبت الحق».(2)

ولكن فى سندها ياسين الضرير، ولم يثبت له توثيق، وربّماياقش فيها بعدم ثبوت ان المسؤول فيها هو الإمام عليه السلام ولعلّه غيره، وبان اعتباراليمين باللّه على النحو الوارد فيها غير معتبر.

1- (1) المصدر نفسه :ج 13 الباب 50 من أبواب الوصايا، الحديث 1:438.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.

....

الشَرح:

ومثلها روايه سليمان بن حفص المروزى قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام فى رجل مات وله ورثه فجاء رجل فادعى عليه مالاً وانّ عنده الرهن، فكتب عليه السلام :إن كان له على الميت مال ولابينه له عليه فليأخذ ماله بما فى يده وليردّ الباقى على ورثته ومتى أقرّ بما عنده أخذ به وطولب بالبينه على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينه والورثه ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون باللّه ما يعلمون أنّه على ميّتهم حقّاً»(1)، والوجه فى كونها مثل السابق عدم ثبوت توثيق لسليمان بن حفص.

والظاهرانّ المذكور فى صدر الجواب هو أنّ مثل هذا الشخص إذا لم يمكنه اثبات الدين على الميت يأخذ ما عنده من الرهن تقاصّاً وردّ الزائد عن حقه على الورثه من غير اقرار بأنّ ما عنده كان رهناً لأبيهم، وإلاّ يؤخذ باقراره بالرهن من غير أن يثبت له حق على الميت.

ثمّ إنّه قد وقع الكلام فى أنّ اعتبار يمين المدعى فى الدعوى على الميت مطلقاً أو أنّه يختص بما إذا كان المدعى على الميت يدّعى عليه الحق لنفسه فلو كان المدعى عليه وصى ميت آخر. كما إذا قال لوصى ميّت انّ من أوصى إلىّ له مال كذا على ميّتكم وأقام البينه بما ادعاه فانّه لو كان ثبوت الدين على ميت موقوفاً على اليمين مطلقاً حتى فى مثل الفرض لم يثبت الدين عليه؛ لأنّ يمين الوصيلايفيد شيئاً حيث لم يعهد ثبوت مال لأخر بيمين شخص ثالث، وانّما المعهود ثبوته يمين صاحب الحق خاصه كما قيل.

وكذا فيماكان المدعى على الميت ورثه ميت آخر كما إذا قالوا: لميّتنا على ميّتكم مقدار كذا من المال وأقاموا البيّنه بمدّعاهم، فإنّه لا يمكن للورثه المدّعين الحلف على بقاء المال على عهده الميّت المدعى عليه، حيث إنّ غايه الأمر أنّهم يعلمون بثبوت

1- (1) الوسائل: 13، الباب 20 من أحكام الرهن، الحديث 1:140.

....

الشَرح:

الدين عليه لابقائه. ومن المحتمل أنّ الميّت الدائن قد ابرأ الميت المديون.

واحتمال جواز الحلف للورثه اعتماداً على الاستصحاب فى الدين كجواز الشهاده بالملک اعتماداً على قاعده اليد بلاوجه؛ لأنّ منصرف أدله اعتبار اليمين بالعلم كونه بنحو الجزم والبت لا بنحو التعبّد، وجواز الشهاده بقاعده اليد لم يثبت، وعلى تقدير القول به فهو لدليل خاصّ كمايأتى.

و ذكر فى الجواهر قدس سره (1) أنّ ثبوت الدين على الميت كثبوت الدين على الحىّ يكون بالبينه ويعتبر يمين المدعى استظهاراً لبقاء دينه فيما إذا كان المدعى على الميّت صاحب الحق وانّ عدم ثبوت المال بالبينه مخالف للذوق الفقهى، ويفصح عن كون اعتبار اليمين استظهارياً لبقاء الدين الثابت بالبينه قوله عليه السلام فى قويعبدالرحمان: «فعلى المدعى اليمين باللّه الذيلاإله إلاّ هو لقد مات فلان وانّ حقّه لعليه فإن حلف وإلاّ فلاحق له»(2) وأنّ هذا الحلف للمدعيأنّه صاحب الحق على الميت فلايعم غيره، وحمل المفروض فيه على المثال كما عن بعض غير ظاهر.

أقول: دعوى دلاله روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه على عدم الحاجه إلى ضم اليمين فيما إذا لم يكن المدعى دعواه الحق لنفسه على الميّت لايمكن المساعده عليها، فإنّ غايه القول أنّها لا تدل على ضمّ اليمين إلى البيّنه فى الفرض أيضاً، فيؤخذ بالاطلاق من صحيحه الصفار المتقدمه، ومقتضاه اعتبارالضم مطلقاً.

نعم دلالتها على ثبوت الدين ايضاً على الميت بالبيّنه واعتبارضم اليمين لاحتمال عدم بقاء الدين الثابت فلاحاجه إلى ضم اليمين مع العلم ببقائه على ذمته على تقدير الثبوت وأنّه لا بدّ من يمين المدعى إذا ثبت الدين على ميّتهم باقرارهم و لكن قالوا

1- (1) الجواهر 40: 195.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.

....

الشَرح:

نحتمل عدم بقائه لاحتمال الاداء والابراء قبل موته، كما هو مقتضى تعليل اعتبار ضم اليمين فيها تامّه ودعوى أنّ ما ورد فيها حكمه لاتعليل لايمكن المساعده عليها، لعدم القرينه على أنّ الوارد فيها حكمه، إلاّ أنّها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

ومقتضى صحيحه الصفار المتقدمه أنّ سقوط الاستصحاب فى بقاء الدين عن الاعتبار فيما إذا ثبت الدين بالبينه ولا تعم ما إذا ثبت باقرار الورثه أو علمهم بأصل ثبوت الدين، كما أنّ مقتضاها اعتبارضم اليمين إلى البينه حتى لو اعترف الورثه والوصى ببقاء الدين على الميت على تقدير الثبوت، كما لا يخفى.

وعلى ذلک فتسميه اليمين من المدّعى استظهارياً بمعنى أنّ اليمين تعتبر فيما إذا احتمل براءه عهده الميت بالوفاء ونحوه قبل موته وانّ اليمين تعتبر فى موارد اقرار الورثه بأصل ثبوت الدين كما لو قالوا نحتمل الوفاء أوالابراء قبل موت ميّتهم أو شهدت البيّنه على اقرار الميّت بالدين كما تقدم، لا يمكن المساعده عليها كما التزم بذلک وانّه يعتبر الضم مطلقاً صاحب المستند قدس سره ، لكن لا لما ذكره من كون ما ورد فى روايه عبدالرحمان حكمه لا تعليل، بل لما ذكرنا من ضعف سندها.

بقى فى المقام أُمور:

الأوّل: قد ذكرنا أنّ العمده فى القول باعتبارضم اليمين من المدّعيإلى بيّنته هو صحيحه الصفار المتقدمه، وأنّها لاتعم موارد ثبوت الدين بعلم الحاكم أو اعتراف الوصى والورثه والشياع المفيد للعلم، فهل يمكن فى هذه الموارد حكم الحاكم بثبوت الدين على الميت فعلاً بحيث يخرج عن تركته فيما إذا احتمل الحاكم أو المعترف بأصل الدين حصول الابراء أو الوفاء قبل موت الميّت أو أنّه لا يصح للحاكم هذا الحكم؟

....

الشَرح:

الأظهر هو الثانى؛ لأنّ مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبينات والأيمان»(1)، منضماً إلى قولهم عليهماالسلام : «البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه»(2) عدم جواز القضاء بمجرّد الاستصحاب أو غيره من القواعد المقرره للشاک ، بل يتعين أن يكون مدرک القضاء البينه أو اليمين غايه الأمر رفعنا اليد عن ذلک فيما إذا علم القاضى جزماً بثبوت الحق وصحه دعوى المدعيأو كان عالماً بالواقع أو حصل الاعتراف من الخصم بدعوى المدعى وثبوت الحق له فعلاً، ومن المفروض أنّه مع احتمال البقاء والارتفاع لايحصل شىء من ملاک حكمه.

وعلى ذلک فيصح فى الموارد المزبوره الحكم بأنّ الدين كان ثابتاً على الميت وبعد ثبوت الدين السابق بالحكم كما فى موارد علم القاضيأو باقرار الوصى والوارث يجب العمل من الوارث والوصى على طبق الاستصحاب فللحاكم الزامهما بالعمل به، كماتقدم فى موارد عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم فلو ظفرا ولو بعد ذلک بالبينه على الوفاء أو الابراء أو قد علما بأحد هما فلهما الترافع مع المدعى لعدم حصول القضاء بالدين على الميت عند موته ليقال عدم انتقاض هذا الحكم، كما أنّ المدعى على الميت إذا وجد البينه على الدين فله اثباته بها منضماً إلى يمينه، لما ذكرنا من عدم كون كل ذلک من تجديد المخاصمه بعد فصلها.

الثانى: يقع الكلام فيأنّ ضم اليمين إلى بينه المدعى على الميّت يختص بما إذا كانت الدعوى عليه ديناً فلايحتاج إلى ضم اليمين فيما كانت دعواه العين التى كانت بيد المورث أو المنفعه أو الحق كحق الخيار.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:169.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 5:171.

....

الشَرح:

فقد يقال بالاختصاص لاختصاص روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه بالدين، حيث ورد فيها الحلف على أنّه مات وحقه عليه، وظاهر بقاء الحق عليه هوالدين، وكذا ما ورد فيها من التعليل بأنّه لاندرى لعلّه أوفاه ودعوى انّ ذكر احتمال الوفاء بالدين من باب المثال، والمعيار احتمال عدم ثبوت مال أو حق على الميت أو عند الميت عند موته لا يمكن المساعده عليها، خصوصاً بملاحظه الفرق بين البيّنه القائمه بالدين والقائمه بكون العين للغير. فإنّ بيّنه الدين تعتمد غالباً فى بقائه على الاستصحاب بخلاف الشهاده بكون العين للغير.

لايقال: قد تقدم ضعف الروايه سنداً وان المستند فى اشتراط الضم هو صحيحه الصفار ومقتضاها توقف ثبوت الدعوى على الميت على ضم اليمين، من غير فرق بين كون الدعوى ديناً أو غيره.

فإنّه يقال: لا يمكن أن يستفاد من الصحيحه أيضاً اعتبارالضم فى غير الدين فيكون المرجع فى غيره اطلاق ما دلّ على ثبوت الدعوى وحصول ميزان القضاء بالبينه، والوجه فى عدم امكان الاستفاده انّ الصدوق قدس سره رواها هكذا: «أو تقبل شهاده الوصى على الميت بدين مع عدل آخر، قال عليه السلام : نعم من بعد يمين».(1) ومقتضى الاختلاف بين النقلين بالزياده والنقيصه الأخذ بالزياده ولا أقل من اجمال الصحيحه من هذه الجهه.

بل لا يبعد أن يقال: انّ على نقل الكلينى قدس سره أيضاً ظاهرها دعوى الدين على الميت حيث تكون الدعوى فى العين على الوارث لوقوع العين بيدهم وانحلال العاريه

1- (1) الفقيه3:43/147.

....

الشَرح:

ونحوها التى كانت موجبه لجريان يد الميت عليها فالشهاده على الميت والدعوى عليه ظاهرها موارد الدين لا العين ونحوها وقد تقدم أنّ المناقشه فى التمسک فى اعتبار ضم اليمين بصحيحه الصفار باحتمال أن يكون المراد من اليمين فيها يمين الشاهد لا المدعى غير صحيحه فإنّه قد ذكر فى صدرها فى شهاده الوصى للميت يمين المدعى وظاهر الذيل اعتبار تلک اليمين فلاحظ.

وقد تحصل مما ذكرنا أنّه لو شهدت البيّنه بأنّ العين التى كانت بيدالميت كانت عاريه عنده أو وديعه أو غصباً إلى أن مات يحكم القاضى على العين بأنّها ملک المدعى بلاحاجه إلى ضم يمينه.

أمّا إذا شهدت أنّها كانت للمدعى فى السابق ولا تدرى ما كانت عليه عند موت المورث يثبت بالبينه الملک السابق، فيحكم به ويلزم الورثه العمل بمقتضى الاستصحاب فيما إذا اعترفوا بالملک السابق واحتملوا الانتقال بعد ذلک لسقوط يد الميت عن الاعتبارمع اعترافهم بالملک السابق للمدعى.

أمّا إذا قالوا مع قيام البيّنه بالملک السابق للمدعى أو مع اعترافهم بملكه السابق بأنّ العين عند موت مورثهم كان ملكاً له لا للمدّعى فلهم على المدّعى الحلف على عدمه لانقلاب الدعوى بالبينه المزبوره أو بالاعتراف، وأن لا يخلو الانقلاب فى صوره البينه بالملک السابق عن المناقشه. وإذا لم تكن فى البين إلاّ دعوى المدعى العين وجواب الورثه بعدم علمهم بالحال، فيأتى الكلام فى ذلک فى جواب المدعى عليه بلا أدرى ان شاء اللّه تعالى.

الثالث: المنسوب إلى المشهور أنّ الدين على الميت كالدين على الحىّ يثبت بشهاده واحد ويمين المدعى، وعليه اختلفوا فى الحاجه فى ثبوت دعوى الدين على

....

الشَرح:

الميت بشاهد ويمين المدعى إلى يمين أُخرى من المدعى على بقاء الدين عليه إلى أن مات أو أنّه لا حاجه مع ثبوت الدعوى بشاهد ويمين إلى الأُخرى للتداخل، فقد يقال بالحاجه لأنّ اليمين الأُولى مع شهاده عدل تثبت أصل الدين واليمين الأُخرى لاستظهار بقاء الدين عليه إلى موته كما يقال إذا كانت شهاده الشاهد واليمين أوّل مره على الدين على الميت إلى أن مات ففى الحاجه إلى اليمين الأُخرى اشكال للزوم تكرار اليمين بلافائده.

أقول: لو ثبت أنّ حلف المدعى مع شهاده عدل بيّنه فلايبعد أن يقال بلزوم تكرار اليمين، حيث يعمه قوله عليه السلام ما فى روايه عبدالرحمان، وان كان المطلوب بالحق قد مات فأُقيمت عليه البينه فعلى المدعى يمين، فيكون كما إذا ثبت الدين على الميت بشاهد عدل وامرأتين عادلتين، كما هو ظاهر ما ورد فى سماع شهاده النساء مع الرجال فى الماليات أو الدين خاصه.

وأمّا إذا قيل بعدم قيام دليل التنزيل فلازم ذلک عدم ثبوت الدين على الميت بشاهد واحد، ولو مع يمين المدعى بأكثر من مرّه لقوله عليه السلام فى ذيل الروايه: «فإن ادّعى بلا بينه فلاحق له».(1)

لايقال: ما ورد فى ثبوت دعوى المال بشهاده الواحد مع يمين المدعى مقتضاه ثبوت الدين بهما فى الفرض أيضاً، بل ظاهره أنّهما بينه، خصوصاً بملاحظه ما ورد من أنّ البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه، وانّ الحكم باليمين فيما إذا لم يقم المدعى البينه بدعواه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.

....

الشَرح:

فإنّه يقال: نعم ما ورد فى ثبوت الدين أو مطلق المال بشهاده عدل مع يمين المدعيأو بشهاده رجل وامرأتين ويمين المدعى ظاهره كون ما ذكر بيّنه، إلاّ أنّ مقتضى صحيحه محمد بن يحيى اعتبار تعدد الشاهد فى البينه على دين الميت، وذلک فإنّ الدين عليه لو ثبت بشهاده عدل ويمين المدعى ولو مع تكرار اليمين لم يكن وجه لتقييد قبول شهاده الوصى على الميت بما إذا كان معه عدل آخر ويمين المدعى، فمقتضى الصحيحه أنّ قبول شهاده الوصى مع عدل آخر يحتاج إلى يمين المدعى، وهذا نوع تخصيص فيأدلّه اعتبار البينه فيالدعاوى، ولذا يحتاج إلى ضمّها حتى ما لو علم أنّ الميت على تقدير كونه مديوناً لم يوفيه وأنّه قد مات والدين عليه، فدعوى كون اليمين استظهارياً، كما هو ظاهر خبر عبدالرحمان بن أبى عبداللّه المتقدمه لايمكن المساعده عليها.

نعم لو كان فى البين خطاب يكون مدلوله تنزيل يمين المدعى فى موارد دعوى المال أو الدين على الغير منزله شهاده عدل لامكن القول بكفايه شهاده واحد ويمين المدعى فى الدعوى على الميت أيضاً بعموم التنزيل.

ولكن يمكن المناقشه فى الجواب بأنّ كون شهاده عدل آخر مع شهاده الوصى لم يؤخذ قيداً فى جواب الإمام عليه السلام ليكون مقتضاه أنّ شهاده الوصى بدون انضمام شهاده عدل آخر ولو مع يمين المدعى لا يثبت الدين على الميت، بل قد ذكر ذلک فى كلام السائل بفرضه شهاده الوصى مع شهاده عدل آخر فذكر عليه السلام أنّ شهادتهما لا تفيد إلاّ مع يمين المدّعى على الدين على الميت.

نعم ذكر ذلک قيداً فى الجواب فى صدر الروايه فى فرض الدعوى للميت على الحىّ فذكر عليه السلام تثبت الدعوى إذا انضم إلى شهاده الوصى شهاده عدل آخر مع يمين

....

الشَرح:

المدعى، ومن الظاهرأنّ الصدر غير معمول به فإنّه لايعتبر فى دعوى الورثه على حى بالدين لمورثهم عليه مع شهاده العدلين يمين الورثه فلابد من أن يترک أو يحمل على عدم قبول شهاده الوصى مطلقاً أو فى صوره اختلال بعض شرائط الشاهد فيه.

والمتحصل: أنّه لايبعد القول بثبوت الدين على الميت بشهاده عدل ويمين المدعى، كثبوته بهما على الحى والفرق بينهما أنّ الدين على الحى يثبت بشهاده العدلين ولكن الدين لايثبت على الميت بمجرد شهادتهما بل لابدّ من ضم اليمين.

وممّا ذكرنا يظهرأنّه لو ادّعى الوارث على ميت بدين لمورثهم وكان بينهم عدلان يثبت الدين على الميت المدعى عليه بشهادتهما مع اليمين من كل واحد منهم، فإنّ دعوى العدلين بالاضافه إلى سهام الوارث يحسب بينه فتثبت سهامهم بضم اليمين منهم كما إذا دعوى كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر يحسب شهاده عدل واحد يضمّ إليهما يمينه.

وبتعبير آخر: كل من الوارث بالاضافه إلى سهمه من الدين على الميت مدّع، ودعواه بالاضافه إلى سهام الآخرين شهاده. لكن هذا مبنى على أنّ المأخوذ لايكون مشاعاً بين جميع الورثه بأن يختص كل واحد من الورثه بمايأخذه من الدين بمقدار سهمه، وإلاّ تدخل شهاده العدلين من الورثه فى شهاده الشريک لشريكه و هى غير مسموعه كمايأتى فى الشهادات.

الرابع: أنّ ما تقدم من توقف ثبوت الدين على الميت على ضم يمين المدعى لايجرى إذا كان ثبوت الدين عليه باقرار الميت بالدين له عليه قبل موته، حيث إنّ اعترافه قبل موته نافذ.

ولو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب ففى ضم اليمين إلى البينه تردّد أشبهه أنه لا يمين [1].

الشَرح:

نعم إذا كان اعترافه فى مرض موته وكان متهماً فى اقراره فلاينفذ ذلک الاقرار، كمايشهد بذلک غير واحد من الروايات كصحيحه منصور ابن حازم قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميّت مرضياً فاعطه الذيأوصى له»(1)، وتمام الكلام فى كتاب الوصيه.

[1] المنسوب إلى الأكثر بل إلى المشهور الحاجه إلى ضم يمين المدعى بالبيّنه فى موارد دعوى الدين على مثل الميت ممّن لا لسان كالصبى والمجنون والغائب، وعن جماعه بل عن أكثر المتأخرين عدم الحاجه، ويستدل على الحاجه بالتعليل الوارد فى روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه(2) المتقدمه، ولكن لا يخفى أنّ الصبى والمجنون ليسا من أهل الوفاء ليندرج احتمال وفائهما فى التعليل المزبور، بل الدعوى متوجهه إلى وليهما.

والغائب وإن لم يكن له لسان إلاّ أنّه على حجته إذا جاء، ففى صحيحه جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلاّ بكفلاء».

وبالجمله: الميت لالسان له أصلاً والغائب لا لسان له فعلاً، فلا يمكن التعدى ممّا ورد فى الأوّل إلى الثانى.

هذا مع ضعف الروايه سنداً والعمده فى دعوى الدين على الميت صحيحه محمد بن يحيى الوارده فى شهاده الوصى، ولم يرد فيها تعليل.

1- (1) الوسائل: 13، الباب 16 من أبواب أحكام الوصايا، الحديث 1:376.
2- (2) المصدرنفسه: 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.

ويدفع الحاكم من مال الغائب قدرالحق بعد تكفيل القابض بالمال [1].

الشَرح:

[1] قد ذكر هذا الحكم فى كلماتهم ويستدل على ذلک بصحيحه جميل عن جماعه من أصحابنا، عنهما عليهماالسلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلاّ بكفلاء».(1)

والشيخ قدس سره وإن رواها بسند فيه ضعف(2)، إلاّ أنّ السند الآخر صحيح، حيث روى عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبداللّه عن أيوب بن نوح عن محمدبن أبى عمير عن جميل، أضف إلى ذلک أنّ له قدس سره إلى جميع كتب محمد بن أبى عمير ورواياته التى منها هذه الروايه طريق صحيح، على ما ذكره فى الفهرست، ولا يضرّ باعتبارها التعبير عنها بالمرسله، فإنّ الارسال بمثل ما فى الروايه من التعبير بالعده والجماعه وغير واحد ظاهره عدم انحصار راويها بواحد أو إثنين، ومع كثره رواته لا يخلو رواته عن الثقه والعدل، كمايظهر بوضوح بملاحظه من روى عنه جميل. وفيما رواه بسند آخر عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام مثله إلاّ أنّه «زاد إذا لم يكن ملياً».(3)

ومقتضى الجمع بين الكفاله و عدم ملاءه المدعى إنّ المراد بالكفاله التكفيل بمعنى ضمانه المال المدفوع إليه و إلاّ فبمجرّد الكفاله لا تفيد فى تدارک مايفوت على الغائب أحياناً إلاّ أنّ السند فى تقييد الكفاله بعدم الملاءه لا يخلو عن الضعف ومناسبه المقام موجبه لرفع اليد عن اعتبارالكفاله بمعناها الظاهرالمعروف.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 26 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:216.
2- (2) التهذيب: 6/296، الاستبصار:3/47.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 26 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4:217.

ولو ذكر المدعيأنّ له بينه غائبه خيّره الحاكم بين الصبر وبين إحلاف الغريم[1] وليس له ملازمته ولامطالبته بكفيل.

الشَرح:

ومايقال من أنّه لايمكن الأخذ بظاهر مرسله جميل فإنّ مقتضاها اعتبار تعدّد الكفيل لا يمكن المساعده عليه، فإنّ ظاهرها بمناسبه الحكم والموضوع اراده الجنس من الجمع المحلى باللام، فلا مجال فى الحكم فى المقام، وإن كان لايبعد كماتقدم أن يكون المراد من الكفيل فيه هو الكفيل بالمال.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لامجال لتوقف فى الحكم بما فى روايه أبى البختريعن جعفر عن أبيه عن على قال: «لا يقضى على غائب»(1)، فإنّه مضافاً إلى ضعف سنده مطلق قابل للتقييد بما إذا لم يكن للمدّعى كفيل.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا كانت دعوى المدعى على الغائب سقوط حق الغائب عنه، كما إذا طالب وكيل الغائب الدين لموكّله عن المدين وادعى المدين أنّه أداه لموكّله فإن كان للمدعى بينه بالاداء أو بالابراء فهو وإلاّ يجب عليه الاداء إلى الوكيل وليس له احلاف الوكيل على عدم الاداء أو الابراء، نعم لو ادّعى عليه علمه بالاداء والابراء فله احلاف الوكيل على عدم علمه.

ويمكن أن يقال: انّه مع عدم البينه له بالاداء أو الابراء وإن يكلّف بالاداء إلى الوكيل إلاّ أنّه للأخذ باقرارالمدين بالدين عليه للموكّل وعدم اثباته الاداء والابراء لا لثبوت القضاء فى الواقعه وعليه يبقى له على الموكل حق دعوى الأداء.

[1] إذا كان للمدعى بينه حاضره بحيث حصل القضاء بها وثبت الدين على المنكر فلاكلام، أمّا إذا ذكر المدعى أنّ له بينه غائبه بدينه خيّره الحاكم بين احضار البينه وبين احلاف المنكر لأنّ كلاًّ من احضارها واستحلاف الغريم حق للمدّعى فله اختيار

1- (1) الوسائل: 18، الباب 26 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4:217.

وأمّا السكوت: فإن اعتمده أُلزم الجواب فإن عاند حبس حتى يبين [1]، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل: يقول الحاكم إمّا أجبت و إلاّ جعلتک ناکلاً و وردت اليمين على المدّعى فإن أصرّ ردّ الحاكم اليمين على المدّعى، والأوّل مرويّوالأخير بناءً على عدم القضاء بالنكول.

الشَرح:

أحدهما وقد تقدم أنّ حلف المنكر مدرک للقضاء مع عدم اقامه المدعى البينه بدعواه لامع عدمها، ولكن لو لم يستحلف وطلب تأخير القضاء إلى احضارها لايكون له ملازمه الغريم بنحو لا يجوز تلک الملازمه مع عدم الخصومه فضلاً عن أن يطلب حبسه أو يطلب الكفيل، لأنّ الملازمه فرع ثبوت الحق وحبسه فرع امتناعه عن اداء ما ثبت عليه من الدين، وكذا مطالبه الكفيل.

ولكن ربّما يقال: لا بأس بجواز مطالبه المدعى المزبور الكفيل عن خصمه لخوفه من ضياع حقّه ولا تتوقّف الكفاله على ثبوت الدين بل تصحّ مع الدين المحتمل، وفيه أنّ صحّه الكفاله مع الدين المحتمل لا يوجب جواز الزام الخصم بالكفاله على الدين المحتمل.

[1] يبقى الكلام فيما إذا لم يجب الخصم عن الدعوى بأن سكت أو أجاب بأنى لا أدرى. فنقول:

لوسكت ولم يجب فالمشهور بين المتأخرين أنّه يلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يجيب، وينسب ذلک إلى الشيخين وابن حمزه أيضاً، وقد ذكر الماتن قدس سره أنّ هذا مروى، وقد تلقّى بعض هذا الكلام بالروايه المرسله، ولكن لا يخفى ما فيه.

فإنّه يحتمل أن يكون مراده روايه (لىّ الواجد تحل عقوبته)، بدعوى أنّها تعمّ واجد الجواب أيضاً، وقد تقدم فى بحث حكم الممتنع عن اداء الدين ولو بدعوى الاعسار أنّ ظاهرها واجد المال، وقيل: إنّ الزامه بالجواب بعد عناده يكون للأمر

....

الشَرح:

بالمعروف والنهى عن المنكر بمراتبهما ولو بالانتهاء إلى الضرب والاهانه، ويدخل فيهما حبسه.

وفى قول آخر نسب إلى الشيخ قدس سره فى المبسوط وابن ادريس والقاضى فى مهذّبه وعن العلامه فى القواعد، أنّ الحاكم يقول له إمّا أجبت و إلاّ جعلتک ناكلاً وردت اليمين على المدعى، ومع اصراره على السكوت وبعد تكراره ثلاثاً، يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقّه وإلاّ سقط.

ولكن قديناقش فى هذا القول بأنّ السكوت لا يعدّ نكولاً ورد اليمين من الخصم أو الحاكم يكون مع الانكار والنكول لا مطلقاً وتدفع المناقشه بأنّه لم يرد فى الروايات عنوان النكول، بل الوارد فيها ردّ المدعى عليه اليمين، كما فى صحيحه محمد بن مسلم(1)، أو أنّه يرد اليمين على المدعى، كمافى صحيحه هشام المتقدمه(2)، وهذه تعم ما إذا كان الرادّ هو المدعى عليه أو الحاكم.

وبتعبير آخر مقتضى الروايات الداله على أنّ البينه للمدعى واليمين على المدعى عليه كون طلب الحلف فى فرض سكوت المدعى عليه أيضاً من حق المدّعى؛ فإن طلب المدعى هذا الحق وأبى المدعى عليه عن ادائه يردّ الحاكم اليمين على المدعى أخذاً بصحيحه هشام.

وما ورد فى بعض الروايات «البينه للمدعى واليمين على من أنكر»(3)، لاينافى ماتقدم لعدم المنافاه بينهما، فيكون اليمين من المدعى عليه منكراً أو ساكتاً من حق المدعى.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:176.
2- (2) المصدرنفسه: الحديث 3:176.
3- (3) مستدرک الوسائل: 17، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4:368.

....

الشَرح:

وقد يقال بعدم الحاجه إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعى باصراره على سكوته وعدم جوابه، بل يحكم الحاكم بثبوت دعوى المدعى، ويستظهر ذلک من صحيحه محمد بن مسلم الوارده فى كيفيه احلاف الأخرس، حيث ورد فيها: «انّ علياً عليه السلام كتب الحلف ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين»(1)، وظاهر الصحيحه أنّ أباعبداللّه عليه السلام فى مقام بيان كيفيه القضاء فيما إذا كان المدعى عليه أخرس ولم يكن للمدعى بيّنه، فقوله عليه السلام فى مقام بيان هذا الحكم: «فامتنع فالزمه بالدين»، ظاهره أنّ مع امتناع الخصم عن الحلف وردّه على المدعى يحكم بثبوت الدعوى بلا حاجه إلى ردّ الحاكم اليمين.

وكذا يستدلّ على ذلک بمعتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل شيئاً من ذلک فلاحق له فى الاعتراض بثبوت الدعوى.

وبالجمله: اصرار المدعى عليه بسكوته وعدم جوابه عن دعوى المدعى يكون امتناعاً عن الحلف وعن ردّه على المدعى فيحكم بثبوت الدعوى.

ولكن لا يخفى أنّ صحيحه محمد بن مسلم فى مقام بيان كيفيه احلاف الأخرس فيما إذا لم يكن للمدعى بينه و كان الأخرس منكراً، أمّا أنّ الأخرس مع امتناعه عن الحلف يحتاج إلى الحكم إلى رد اليمين على المدعى من قبل الحاكم أو من قبله فليست فى مقام بيان ذلک، كمايظهر ذلک بملاحظه السؤال فى صدرها.

وأمّا معتبره عبيد بن زراره فلم يظهر أنّ المراد من قوله عليه السلام : «فلا حق له» نفى

1- (1) الوسائل: 18، الباب33 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:222.

....

الشَرح:

الحق للمدعى له لو لم نقل بظهوره فى نفى الحق للرجل المدعى كما سئل عن حقّه مع عدم البينه له بذلک الحق وذكر الإمام عليه السلام أنّ له أن يستحلف المدعى عليه فيحلف أو يرد المدعى عليه اليمين على المدعى المزبورفيحلف هو، فإن لم يفعل أى لم يحلف المدعى بعد ردّ اليمين عليه فلاحق له، يعني يسقط حقّه، فيكون موافقاً لما فى غيرها كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام : «فى الرجل يدعى ولا بيّنه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(1) هذا اوّلاً.

وثانياً: سلّمنا ظهورها فيأنّ امتناع المدعى عليه عن الحلف وعن ردّه على المدعى يوجب ثبوت دعوى المدعى، لكن هذه الدلاله بالاطلاق، حيث تقبل التقييد بأنّه إذا لم يفعل وردّ الحاكم اليمين على المدعى فحلف فلا حقّ له فى الاعتراض، كما أنّ دلاله صحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام «تردّ اليمين على المدعى»(2) مطلقه يدل على أنّ القضاء لايكون إلاّ برد اليمين مع عدم اقامه المدعى البينه بدعواه، سواء أردّه المدعى عليه أم ردّه الحاكم وبعد سقوط الاطلاق من الجانبين يرجع إلى أصاله عدم نفوذ القضاء بلابينه ولايمين.

وربّما يستدل على ردّ الحاكم اليمين مع سكوته عن الجواب بأنّ الحاكم له ردّ اليمين على المدعى فيما إذا كان المدعى عليه منكراً و لم يحلف ولم يردّ اليمين فيكون ردّ الحاكم مع سكوته أولى، ولكن لا يخفى أنّ ردّ الحاكم اعتباره مع انكار المدعى عليه ونكوله عن الحلف أو الرد أوّل الكلام وثانياً ما لايخفى فى دعوى الأولويّه.

وقد ظهر ممّا ذكرنا ان الحكم بأنّ المدّعى عليه مع اصراره على السكوت يحبس أو يجبر بالجواب بمراتب الأمر بالمعروف غير تام، فيما إذا كان ردّ اليمين من المدعى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1و2:176.

....

الشَرح:

عليه والحاكم جائراً، كما فى دعوى الأموال، وأمّا فيما لا يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين، كما فى دعوى الزوجيه ونحوها فالأجبار بالجواب متعين واللّه العالم.

وإذا أجاب المدعى عليه بلا أدرى وأنّه جاهل بالحال فقد يقال: أنّه إذا لم يكذبه المدعى فى دعوى الجهل بالحال فليس له احلافه، وإلاّ أحلفه على عدم العلم ويقال فى وجهه أنّه لا يمكن أن يستحلف على نفى الحق الواقعى؛ لأنّه يدعى الجهل بالحال وأنّه لا يتمكن من الحلف عليه لعدم علمه، وهذا فيما إذا صدّقه المدعى فى دعواه الجهل واضح، كما إذا لم يصدّقه ولم يكذّبه فإنّه لا يجوزله احلافه أيضاً لعدم كون المدعى جازماً بعلمه بالحال، وقد تقدم اعتبار الجزم فى سماع الدعوى نعم إذا كذّبه فى دعوى الجهل بأن قال أنت عالم بحقّى فله حينئذ الحلافه على عدم علمه بالحال.

وقد يقال بأن المدعى فى الفرض بما أنّه جازم بحقّه على خصمه فدعواه فى الحق عليه مسموعه، وبما أنّ حق المدّعى لا ينحصر فى خصوص استحلاف المدعى عليه، بل حقّه حلفه أو رد الحلف عليه لماتقدم من أنّ الحق للمدعى لاينحصر بما إذا كان خصمه منكراً، بل على المدعى عليه أمّا اليمين أو ردّها على المدعى، والمدعى عليه متمكن عن الردّ على المدّعى وان لم يتمكن من الحلف مباشره فيتعين عليه الرد أخذاً بما دلّ على أنّ المدعى عليه يحلف أو يرد اليمين وعلى ذلک فلاتفيده دعوى الجهل بالحال سواء كذّبه المدعيأو صدّقه أو قال لا أصدّقه ولا أكذّبه لأنّ غايه تصديقه أنّه قد نسى الدين عليه، وهذا لايوجب عدم سماع دعواه بالدين عليه إذا كانت جزميه ماهو الفرض.

نعم إنّما يتم ذلک فيما إذا كانت الدعوى حقاً مالياً يجوز على المدعى عليه فيها ردّ اليمين على المدعى، أمّا فى مثل دعوى الزوجيه فلاتسمع دعوى المدعى مع عدم

....

الشَرح:

البينه بدعواه وتصديقه بأنّ المدعى عليه جاهل بالحال وأنّه نسيه أو مع عدم تكذيبه فى جوابه بلا أدرى، حيث يعترف بأنّه ليس له حق الاستحلاف لعدم تمكن المدعى عليه من الحلف. نعم لو ادّعى عليه العلم بالحال يكون له استحلاف المدعى عليه على عدم علمه بالحال.

ويؤيّد ذلک ما فى ذيل روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه المتقدمه فى حكم الدعوى على الميّت فإنّه قد ورد فيها: «فإن ادّعى بلابيّنه فلاحق له لأنّ المدعى عليه ليس بحىّ ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه»(1)، ومقتضى التعليل أنّ مع الدعوى على الحىّ لايخلو أمر المدعى عليه عن التزامه بالحق باعترافه به أو اليمين على نفيه أو برد اليمين على المدعى.

ودعوى أنّ مورد الاخبار الوارده فى ردّ اليمين هو ما إذا أمكن للمدعى عليه الحلف ففى مثل ذلک شرع ردّ اليمين على المدعى وأنّه كيف تكون دعوى المدعى مسموعه مع عدم البينه بدعواه وتصديقه بأنّ خصمه يعمل على طبق وظيفته الشرعيه من أصاله عدم اشتغال ذمته بشىء لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الوارد فى تلک الأخبار يمين المدعى عليه واطلاقه يعم المنكر وغيره إلاّ أن يقال بعدم صدق الدعوى مع اعتراف الشخص بأنّ الآخر يعمل على وظيفته الشرعيه وهو كماترى.

نعم إذا أجاب خصمه بلا أدرى فلا يجوز له مطالبته باليمين أو الرد فى الموارد التى ذكرنا عدم جواز ردّ اليمين على المدعى فيها، فلاتسمع فيها الدعوى إلاّ بالبينه أو اعتراف خصمه إلاّ أن يدعى على خصمه، العلم بالحال، وفى الفرض يجب عليه الحلف على نفى علمه وإلاّ يجبر على الاعتراف بحق المدعياو على الحلف على نفى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 173.

ولو كان به آفه من طرش أو خرس [1] توصّل إلى معرفه جوابه بالاشاره المفيده لليقين ولو استغلقت اشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكفِ الواحد وافتقر فى الشهاده باشارته إلى مترجمين عدلين.

الشَرح:

علمه، على ماتقدم فى امتناع من يمتنع عن الجواب عن دعوى المدعى بالسكوت.

لكن مع ذلک لايبعد دعوى أنّ حق المدعى من المدعى عليه ينحصر باحلافه، والرد على المدعى حق للمدعى عليه لا للمدعى وإذا اعترف المدعى بأنّ خصمه لا يدرى أو قال لا أدرى أنّه عالم بحقّيأم لا فهذا اعتراف منه بعدم حق له فى الاستحلاف، فلاموجب للرد على المدعى فى الفرض، واللّه العالم.

[1] يعنى لو كان للمدعى عليه طرش لايسمع ما يقال بحيث يتميز، أو خرس لا يتكلّم، توصّل إلى معرفه جوابه باشارته التى تفيد اليقين بمراده من الإقرار والإنكار، ولو لم يمكن حصول اليقين بمراده بحيث احتيج إلى مترجم فلابدّ من مترجمين عدلين؛ لأنّ ترجمتهما شهاده بجواب الخصم.

أقول: الترجمه ليست شهاده ولذا تسمع ترجمه شهاده الشاهدين فى حقوق اللّه ولو كانت شهاده لم تقبل لعدم اعتبار الشهاده بالشهاده فى حقوق اللّه، بل إنّها بيان مراد الغير من فعله أو قوله فيعتبر أن يكون من أهل خبره ذلک، ويكفى فيه الوثاقه فلايعتبر فيه العداله فضلاً عن التعدد. ولعلّ ما ذكر فى الجواهر من أنّ الترجمه من قرينه الظن بالمراد لا الشهاده راجع إلى ما ذكرنا.

استدراک: بقى ممّا يقول المدعى عليه فى الجواب أمر، وهو أنّه إذا أجاب المدعى عليه بأنّ المال للغير، يعنى لفلان ولو صدّقه الغير اعترافه وقال نعم المال لى يكون المقرّ له خصماً للمدعى، فإن أقام بينه بأنّ المال له أخذ المال سواء أكان بيده أم بيد المقرّ وليس للمدعى بعد أخذه المال دعوى على المقرّ، حيث إنّه قد أخذ ماله، أمّا إذا لم يكن

مسائل تتعلّق بالحكم على الغائب:

الأُولى: يُقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً[1] مسافراً كان وحاضراً، وقيل يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

الشَرح:

له بيّنه فإن حلف المقرّ له على عدم كون المال له سقط دعواه المال على المقر له كما يسقط دعواه مطلقاً إذا ردّ المقر له الحلف عليه فلم يحلف أو ردّه الحاكم عليه فلم يحلف؛ لأنّ عدم حلفه اسقاط لحقه فى دعوى العين، فلا يبقى للدعوى على المقر مورد.

ويجوز له الدعوى على المقر فيما إذا حلف المقرّ له على نفى دعواه، كما أنّه يجوز له دعوى العين من الابتداء على المقر بأنّه قد دفع ماله إلى الغير أو اتلفه عليه باقراره بأنّ العين للآخر ولو حلف المقر على أنّه لم يدفع ماله إلى الغير وانه لم يتلف عليه المال باقراره فهو وإلاّ فيرد اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه بنكوله فحلف أنّ العين كانت له يغرم للمدعى بدل المال، كما هو مقتضى ثبوت إتلاف المقرّ على المدعى ماله باقراره أنّ العين للمقر له، هذا كلّه فيما إذا صدق المقرّ له المقر فى اعترافه، أمّا إذا قال بأنّ المال لا أدرى أنّه ليأم لا ينحصر خصم المدعى على المقرّ.

فإن كان للمدعى بينه أخذ بدل العين من المقرّ لاتلافه العين على المدعى باقراره بأنّ العين للغير، وكذا إذا لم تكن بينه ولم يحلف المقر على عدم كون العين له وأنّه لم يتلف عليه ماله باقراره بأنّها للغير بل ردّ اليمين عليه أو ردّها الحاكم عليه بعد نكول المقرّ، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] الوارد فى جواز القضاء هو عنوان الغائب لاعنوان المسافر ليدعى انصرافه إلى مايكون السفر شرعياً، بل لايبعد صدقه على الحاضر فى البلد إذا تم اعلامه بالحضور بالمرافعه وأخفى نفسه وامتنع عن الحضور لصدق الغائب عليه عرفاً. أمّا إذا

....

الشَرح:

لم يتم الاعلام ولم يحضر لعدم اطلاعه بالدعوى عليه فظاهر اطلاق كلمات جمله من الأصحاب جواز الحكم عليه، ولكن فى جواز القضاء عليه تأمّلاً، ومثل الممتنع عن الحضور بعد اعلامه من تعذّر عليه الحضور بنفسه بعد اعلامه، حيث إنّ تعذر حضوره بنفسه لا يوجب أن لا يصدق عليه عنوان الغائب، خصوصاً فيماكان متمكناً على التوكيل فى المرافعه.

ثمّ إنّ ظاهر القضاء هو فصل الخصومه فلايعم موارد الحكم بثبوت موجب الحدّ كالزنا واللواط وغيرهما ممّا يترتب على مرتكبه الحدّ، فلاحاجه فى الحكم بعدم مشروعيه القضاء فى حدود اللّه سبحانه إلى التشبث بحديث درء الحدود بالشبهه(1) أو بغيره كما لا يخفى.

نعم قد يقال: إذا ترتب على ثبوت المدعى به كل من التغريم والحد كدعوى السرقه فبالحكم على الغائب بسرقه المال يثبت الموضوع لاجراء الحدّ أيضاً، حيث إنّه لادليل على أنّ القضاء بثبوت موجب الحدّ يحتاج إلى حضوره من يجرى عليه الحد.

ويمكن دفعه بأنّ الدليل على اعتبار الحضور هو أنّ للشخص أن يبطل الحجّه التى هى مستند ثبوت موجب الحد، وبما أنّ المعلوم من مذاق الشعر أنّ بناء الحدود على التخفيف والممانعه عن ثبوت موجبه مهما كان سبيل لها، كمايظهر ذلک من الروايات الوارده فى ثبوت الزنا بالاقرار بأربع مرات(2)، فلا يجوز للحاكم أن يأذن الحداد أو يوكّل شخصاً فى اجراء الحدّ على الغائب الذى لم يحضر مجلس ثبوت الحدّ، مع احتماله أنّ عنده مايوجب بطلان الحجّه المزبوره ولامانع عن تفكيک ثبوت التغريم عن ثبوت الحد إذا كان الثبوت تعبّدياً.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4:336.
2- (2) المصدر نفسه:الباب 16 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 5 و6:328.

الثانيه: يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون والعقود، ولا يقضى فى حقوق اللّه تعالى كالزنا واللواط لأنّها مبنيّه على التخفيف، ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بمايختص الناس، كالسرقه يقضى بالغرم وفى القضاء بالقطع تردد.

الثالثه: لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولابينه، ففى الإلزام تردد [1] بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الاداء وبين الحكم والغاء دعواه لأنّ التوقف يؤدى إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، والأوّل أشبه.

الشَرح:

[1] إذا كان صاحب الحق غائباً وطالب وكيله الغريم بحق موكّله، وادعى الغريم أنّه قد أدى المال لموكّله أو أنّ موكّله قد ابرأه ولم يكن لدعواه بينه فهل للوكيل الزام الغريم بالاداء أو ليس له الزامه به؟

فقد يقال: أنّه لا يحكم على الغريم بلزوم الاداء من غير فرق بين ثبوت الدين عليه باعترافه أو البينه لاحتمال ادائه أو ابراء موكّله.

وقد يقال: إنّه لو لم يحكم بلزوم الاداء لم يكن مطالبه الحق بالوكلاء ولا يفيد دعوى الغريم بلا بيّنه بعد اعترافه بالدين عليه أو قيام البينه به وذكر أصحاب هذا القول بأنّه ليس للغريم احلاف الوكيل على عدم الاداء إلى موكّله أو عدم ابرائه؛ لأنّ دعوى الاداء أو الابراء متوجّه إلى الموكل الغائب لا إلى وكيله. نعم لو ادعى الغريم على الوكيل علمه بالاداء المزبور أو الإبراء حلف على عدم علمه.

أقول: فى النفس ممّا ذكر من الزام الغريم بالاداء شىء، فإنّ حكم الحاكم بالاشتغال فعلاً، وأنّ الغريم ملزم بالاداء لايستند إلى البينه القائمه بثبوت أصل الدين ولاباقرار الغريم بثبوته سابقاً، حيث لا مخاصمه فى الثبوت سابقاً، بل يستند إلى الاستصحاب، والاستصحاب غير داخل فى مدرک القضاء، إلاّ أن يقال أنّ مع اعتراف الغريم بالوكاله للوكيل عن موكّله مع عدم دعواه على الوكيل العلم بالاداء أو الابراء

المقصد الرابع: فى كيفيه الاستحلاف والبحث فيأُمور ثلاثه:

الأوّل: فى اليمين: ولايستحلف أحد إلاّ باللّه ولو كان كافراً[1].

الشَرح:

اعترافاً بأنّه يعمل بوظيفته الوكاليه شرعاً، فيلزم بالاداء مع عدم البينه له، كما هو الحال فى دعواه ابراء الموكّل أيضاً.

[1] البحث فى كيفيه الاستحلاف ومايترتب على اليمين يقع فيأُمور:

الأوّل فى اليمين ومايحلف به، الثانى: فى يمين المنكر والمدعى، والثالث: فى اليمين مع الشاهد الواحد.

أمّا الأوّل: فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنّه لا يصحّ الحلف ولا يترتب عليه الأثر من سقوط الدعوى والحق أو ثبوته بغير اللّه سبحانه كالنبى صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام والمشاهد المشرفه والكتب المنزله وغير ذلک ممّا له حرمه، وظاهرهم عدم تعيّن لفظ الجلاله، بل يجوز بكلّ من أسمائه تعالى.

وفى صحيحه محمد بن مسلم قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : قول اللّه عزّوجلّ: «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى»(1) و«وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى»(2) وما أشبه ذلک فقال: إنّ للّه عزّوجلّ أن يقسم من خلقه بما شَاء وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به»(3)، ونحوها صحيحه على بن مهزيار(4)، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى كتاب علىّ أنّ نبياً من الأنبياء شكا إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به وقال: هذا لمن تقم له بينه»(5) وقريب منها غيرها.

1- (1) الليل :1.
2- (2) النجم: 1.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1 و 3: 191.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1و2:179.

وقيل: لا يقتصر فى المجوسى على لفظ الجلاله بل يُضمّ إلى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنّه يسمّى النور الهاً[1]، ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء اللّه (سبحانه) الشَرح:

ومقتضى مثل هذه الروايات جوازالحلف بكل اسم اللّه (سبحانه)، بل مقتضاها عدم اعتبار العربيه، وأنّه يصحّ الحلف بكل اسم يرادف اسمه (سبحانه) من سائر اللغات، خصوصاً بملاحظه ما فى كتاب على عليه السلام من شكايه نبى من الانبياء والوحى إليه حيث لم يقيّد فيها بكون النبى عربيّاً ولهذا يكون دعوى انصراف اسم اللّه إلى لفظ الجلاله بلاموجب.

وأيضاً لا يبعد جواز الحلف بكل دالّ عليه سبحانه كقوله: والذيأنزل المطر وأنبت الأرض لصدق الحلف باللّه (سبحانه) عليه، بل يصدق أنّه حلف باسمه سبحانه؛ لأنّ المراد بالاسم ليس العلم الشخصى، فإنّ اسماء اللّه (سبحانه) ليس كلّها من قبيل العلم الشخصى.

ثمّ إنّ المراد بعدم صحّه الحلف بغير اللّه (سبحانه) عدم جواز ترتب القضاء وغيره من وجوب الوفاء به وترتب الكفاره على حنثه، أمّا الحلف المعاملى بأن يصالح ما يدعيه من الحق بحلف غريمه بغيراللّه (سبحانه) من سائر المحترمات فلا بأس به، كما إذا قال لمدعى الاداء أصالح دينى بأن تحلف لى بالاداء بصاحب رايه الحسين، أخذاً بما دل على نفوذ الصلح ونفوذه.

نعم إذا كان الحلف بشىء أمراً محرّماً على ما قيل فى الحلف بالطلاق والعتاق وبالبراءه فلا يجوز لعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد على الفرض المزبور، كما إذا صالح حقّه على الآخر بشربه الخمر.

[1] قال الشيخ فى المبسوط أنّه يطلب فى استحلاف المجوسيأن يضيف إلى لفظ الجلاله أمراً لينحصر مدلوله باللّه (سبحانه) واللّه الذيخلق النور والظلمه أو باللّه

كالكتب المنزله والرسل المعظمه والأماكن المشرفه ولو رأى الحاكم احلاف الذمىّ بما يقتضيه دينه أردع، جاز.

الشَرح:

الذى خلق كل شىء، ووجه الإضافه أنّ المجوسى يرى النور إلهاً، فلعل فى حلفه أراد النور فلايكون حالفاً باللّه (سبحانه).

وناقش فى الجواهر بما حاصله: أنّ اضافه خالق النور أو كل شىء إلى لفظ الجلاله لا تقتضى أن يريد المجوسيالحالف ذاته المقدسه مع أن المعتبر فى الحلف اراده المحلّف لا الحالف، ولو طلب الحاكم الحلف باللّه (سبحانه) وعلمنا أنّ الحالف يريد بلفظ الجلاله غير ذاته المقدسه فلايضر فى القضاء والحكم، والحاصل أنّ الاطلاق فى الروايات الوارده فى الحلف باللّه مقتضاها عدم اعتبارالزياده والاضافه.

أقول: مقتضى الاطلاق وإن كان ما ذكره فيما إذا احتمل اجابه المجوسيأو غيره بالحلف الذيطلبه الحاكم، أمّا إذا علم خلافه وأنّه أراد غيره فلايكفى فى القضاء لعدم صدق الحلف باللّه عزّوجلّ عليه.

ودعوى أنّ الحلف يتبع اراده المحلّف دون الحالف لايمكن المساعده عليها؛ لأن حلف باللّه سبحانه فعل الحالف، أضف إلى ذلک صحيحه صفوان قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير»(1)، فإنّها وإن كانت ناظره إلى قصد الحالف فى المحلوف عليه إلاّ أنّه لا يحتمل الفرق بينه وبين المحلوف به. ونحوها صحيحه اسماعيل بن سعد الأشعرى.(1)

نعم فى روايه الصدوق اليمين على الضمير يعنى ضمير المظلوم(3)، لكن هذه

1- (2) الفقيه:3/333، ح30.

....

الشَرح:

لا تكون قرينه على رفع اليد عن ظهورالصحيحتين لاحتمال كون التفسير من الصدوق قدس سره مع ضعف سندها؛ لأنّ سنده إلى اسماعيل بن سعد الأشعرى مجهول.

وبالجمله: ظاهر الأصحاب، بل المصرح به فى كلام الأكثر عدم الفرق فى القضاء بالحلف باللّه بين الحالف المسلم والكافر بأقسامه.

وتشهد لذلک جمله من الروايات كصحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل اليهودى ولا النصرانى ولا المجوسى بغير اللّه إنّ اللّه عزّوجلّ يقول: «فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ»(1)»(2)، وصحيحه الحلبى قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون فقال: لاتحلفوهم إلاّ باللّه عزّوجلّ»(3)، وموثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلّف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلاّ باللّه عزّوجلّ»(4) واطلاق هذه يعمّ غير الطوائف الثلاثه أيضاً.

لكن فى مقابلها ما ظاهره جواز حلف أهل سائر الأديان بمايعتقدون، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراه التيأنزلت على موسى عليه السلام ».(5)

وربّما يقال إنّها فى واقعه خاصه، ويحتمل اختصاصه بالإمام عليه السلام ، أو أنّ المراد أنّه عليه السلام استحلفه بمنزل التوراه على موسى عليه السلام ، أو أنّ استحلاف المزبور وقع تغليظاً بأن استحلفه به زياده على الحلف باللّه، لكن كل ذلک كماترى، وفى صحيحه محمد بن

1- (1) المائده: 48.
2- (2) الوسائل: 16، الباب 32 من أبواب الأيمان، الحديث 1 و 3 و 5 : 196.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 4:198.

....

الشَرح:

مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «سألته عن الأحكام فقال: فى كل دين مايستحلفون به»(1)، وفى صحيحه محمد بن قيس قال: «سمعت أباجعفر عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته».(2)

ولهذا ذكر جماعه منهم الماتن قدس سره أنّه لو رأى الحاكم أنّ احلاف الذمّى بما يقتضيه دينه أردع جاز بلافرق بين أن يكون المترافعان ذمّيين أو تكون المرافعه بين المسلم والذمى.

لا يقال: كيف يجوزالقضاء بحلفهم بمايعتقدون وإن كان حلفهم به أردع مع انّ الطائفه الأولى تدل على عدم جواز احلاف أحد بغير أسماءاللّه (سبحانه).

فإنّه يقال: لا معارضه بين الطائفتين، فإنّ الطائفه الثانيه أخص بالاضافه إلى الأُولى، حيث إنّ الطائفه الأُولى تمنع عن احلافهم بغير اللّه عزّوجلّ، سواء أكان بما يعتقدون به من كتابهم ودينهم أم بغيره، والثانيه أى المجوّزه تختص بمايعتقدون به من كتابهم ودينهم فيرفع اليد عن اطلاق الأُولى بالثانيه، وعلى تقدير الاغماض فالطائفه الثانيه كالنص فى جواز احلافهم بكتابهم ودينهم، وظاهرالأُولى المنع فيرفع اليد عن ظهورالمنع بثبوت بالترخيص فى الحلف بمايعتقدون، فيكون المراد بالمنع أولويه اختيار الاستحلاف باللّه عزّوجلّ، وعلى تقدير المعارضه فلا ترجيح للأُولى على الثانيه، فيرجع بعد تساقطهما إلى الاطلاق فى قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبينات والأيمان».(3)

اللّهمّ إلاّ أن يقال: أنّ المراد بالأيمان انحلالها بحسب الحالفين لابحسب أنواع

1- (1) الوسائل: 16، الباب 32 من أبواب الأيمان، الحديث 4و7 و8:198.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:169.

....

الشَرح:

الحلف كما هو الحال فى البينات. وظاهر صحيحه سليمان بن خالد هو المرجع بعد تساقط الاطلاقين، حيث ورد فيها أحكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، إلاّ أنّک قد عرفت أنّه لاتصل النوبه إلى المعارضه، فالأظهر جواز حلفهم بمايعتقدون من كتابهم ودينهم بلافرق بين كونه أردع أم لا، إلاّ أنّ الأولى بل الأحوط استحلافهم باسم اللّه سبحانه واللّه العالم.

بقى فى المقام أمران:

الأوّل: قد يقال إنّ احلاف الكافر باللّه (سبحانه) أو بما يعتقد على كراهيه أو بدونها فيما إذا كان ذمياً، أمّا الحربى سواء أكان من أهل الكتاب أم كان من أهل الشرک والالحاد فلاتسمع دعواه على المسلم، ولاتحتاج دعوى المسلم عليه إلى البينه لتصل النوبه مع عدمها إلى حلف الحربى، وذلک فإنّه لا حرمه للكافر الحربى والمشرک والملحد نفساً وعرضاً ومالاً والقضاء وفصل الخصومه لإيصال الحق إلى المحق أو رفع يد غير المحق عن حق الغير فلا موجب لاحلاف الحربيأصلاً.

نعم إذا لم يتمكن المسلم فى مورد التخلص من الحربى إلاّ بالقضاء أو استحلافه فيكون الواقع صوره القضاء والاستحلاف وسيله للانقاذ أو التخلّص منه لا للقضاء الشرعى، وعليه فيجوزالانقاذ والتخلص بكل وسيله مشروعه ومنها احلافه بمايعتقد. ودعوى أنّ الملحد والمشرک ربّما يكون معاهداً فيحتاج إلى القضاء لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ غايه المعاهده ثبوت الحكم التكليفى يعنى عدم جواز التعرض عليه نفساً وعرضاً ومالاً أيضاً، ولا يوجب ثبوت الحكم الوضعى يعنى الضمان.

الثانى: قد يقال: بعدم جواز الحلف بغير اللّه (سبحانه) تكليفاً من غير فرق بين مقام القضاء وغيره وأنّه لا يترتب على الحلف المزبور أثر من جواز القضاء وكفاره الحنث،

....

الشَرح:

بل لا تجوز المصالحه بالحلف بغيراللّه لحرمته.

ويستظهر عدم جوازه من بعض الروايات، كصحيحه على بن مهزيارقال: «قلت لأبى جعفرالثانى عليه السلام :جعلت فداک فى قول اللّه عزّوجلّ:«وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى * وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى» وقوله عزّوجلّ: «وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى» وماأشبه هذا؟

فقال: إنّ للّه عزّوجلّ يقسم من خلقه بماشاء وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به عزّ وجلّ»(1)، ونحوها صحيحه محمد بن مسلم(1)، وفى روايه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبى صلى الله عليه و آله فى حديث المناهى: «أنّه نهى أن يحلف الرجل بغير اللّه، وقال: من حلف بغير اللّه فليس من اللّه فى شىء، ونهى أن يحلف الرجل بسوره من كتاب اللّه عزّوجلّ وقال: من حلف بسوره من كتاب اللّه فعليه بكل آيه منها كفاره يمين فمن شاء برّ ومن شاء فجر، ونهى أن يقول الرجل للرجل لاوحياتک وحياه فلان»(3)، وعن غوالى اللآلى عن النبى صلى الله عليه و آله : «من حلف بغير اللّه أشرک، وفيآخر: فقد كفر».(4)

وظاهرعباره الماتن يعطى عدم الجواز، وعن الدروس والروضه وفى تحريمه أى الحلف بغير اللّه فى غير الدعوى نظر من الخبر والحمل على الكراهه، وأمّا الحلف بالطلاق والعتاق والبراءه فحرام قطعاً.

أقول: القول بالتحريم ضعيف، غايته لجريان السيره القطعيه من المتشرعه الحلف بسائر المحترمات ولوكان هذا أمراً محرماً لكانت حرمته من المسلمات، وفى صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال: «قلت لأبى الحسن عليه السلام جعلت

1- (2) المستدرک: 16، الباب 24، من أبواب الأيمان، الحديث 3:65.

ويستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين[1] والتخويف من عاقبتها، ويكفى أن يقول: قل: واللّه ماله قبلى حق، وقد يغلّظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلک غير لازم ولو التمسه المدعى بل هو مستحب استظهاراً فى الحكم.

الشَرح:

فداک قد عرفت انقطاعيإلى أبيک ثم إليک ثم حلفت له وحق رسول اللّه صلى الله عليه و آله وحق فلان وفلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ماتخبرنى به إلى أحد من الناس وسألته عن أبيه أحى هو أم ميت؟ فقال: قد واللّه مات إلى أن قال: قلت: فأنت الإمام؟ قال: نعم».(1)

ولو كان الحلف بغير اللّه محرماً لمنع الإمام عليه السلام الحلف بحق رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسائر الأئمه، بل كان المناسب لصفوان أن يذكر له حرمه هذا الحلف، وفى معتبره مروک بن عبيد عن محمّد بن يزيد الطبريقال: «كنت قائماً على رأس الرضا عليه السلام بخراسان إلى أن قال: فقال: بلغنيأنّ الناس يقولون إنّا نزعم أنّ الناس عبيد لنا، وقرابتى من رسول اللّه صلى الله عليه و آله ماقلته قط ولا سمعت أحداً من آبائى ولكنى أقول: ان الناس عبيد لنا فى الطاعه موالٍ لنا فى الدين».(2)

والمتحصل: أنّ ما ورد فى صحيحه على بن مهزيار وغيرها يكون المراد منه أنّ مايترتب على حلف العباد من حرمه الحنث وقطع المخاصمه به لا يترتب على غير الحلف باللّه أو على استحباب اختيار الحلف باللّه فى مقام الحاجه إلى الحلف أو تعينه، كما فى الحلف الذى يترتب عليه القضاء.

[1] يستحب للحاكم أن يقدم على اليمين وعظ من عليه اليمين بكراهه اليمين الصادقه، ولو بدعوه المتخاصمين إلى المصالحه والتخويف من اليمين الكاذبه ومنع جحد حق الناس عليه والتعدى عليهم بما فى الآيات والروايات نظير قوله سبحانه:

1- (1) الوسائل: 16، الباب 30 من أبواب الأيمان، الحديث 6و7: 193.

....

الشَرح:

«وَلاَ تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لاْءَيْمَانِكُمْ»(1)، وما فى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : من أجلّ اللّه أن يحلف به أعطاه اللّه خيراً ممّا ذهب منه»، وما فى صحيحه محمد بن يحيى الخزاز قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تحلفوا باللّه صادقين ولا كاذبين»(2)، وما فى صحيحه أبى عبيده الحذاء وغيرها من «أنّ اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم تذران البلاد بلاقع من أهلها»(3) أى خاليه من أهلها و «إنّ الحلف باللّه كاذباً مبارزه للّه سبحانه»(4)وغير ذلک.

حيث إنّ مقتضى قوله سبحانه:«وَذَكِّرْ فَإِنَّ الذِّكْرَى تَنفَعُ الْمُؤْمِنِينَ»(5)، وما دلّ على الاحتياط فى حقوق الناس هو استحباب العظه والتخويف ممّا يترتب على اليمين كاذباً.

وممّا ذكر يظهر وجه استحباب التغليظ فى اليمين قولاً وزماناً ومكاناً، و وجه الظهور أنّ المراد بالتغليظ طلب الحاكم ممّن عليه اليمين الغلظه فى اليمين فانّ هذا التغليظ نوع احتياط فى ايصال الحقوق إلى ذويها وقد شرع القضاء لغايه فصل الخصومه والتمكين على وصول ذى الحق إلى حقه.

ولا يبعد استفاده التغليظ قولاً ممّا ورد فى احلاف الأخرس(6)، وما روى فى قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليهماالسلام : «انّ علياً عليه السلام كان يستحلف النصارى واليهود فى بيعتهم وكنائسهم والمجوس فى بيوت

1- (1) البقره :224.
2- (2) الوسائل:ج 16، الباب 4 من أبواب الأيمان، الحديث 1:144.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 4: 145.
4- (4) الذاريات: 55.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 33 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 222.

فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: قل: واللّه الذى لا إله إلاّ هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المُدرک المُهلک، الذى يعلم من السرّ مايعلمه من العلانيه، ما لهذا المدعى علىّ شىء ممّا ادعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم.

وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكله من الأماكن المعظّمه.

وبالزمان كيوم الجمعه والعيد وغيرهما من الأوقات المكرّمه.

ويغلّظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها والأزمان التى يرى حرمتها، ويستحب التغليظ فى الحقوق كلّها وإن قلّت، عدا المال فإنّه لايغلّظ فيه بمادون نصاب القطع.

فرعان:

الأوّل: لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ لم يجبر ولم يتحقق بامتناعه نكول [1].

الشَرح:

نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين»(1) ولعلّ فى قوله سبحانه: «تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ» إشاره إلى التغليظ من حيث الزمان، والمكان وقد ورد أيضاً التغليظ فى الدعوى على الميت.

وبالجمله: فالمنسوب إلى المشهوراستحباب التغليظ فى اليمين وانّه ثابت فى جميع الحقوق عدا المال فإنّه لاتغليظ فيما دون نصاب القطع من المال.

ويستدل على الاستثناء بروايه محمد بن مسلم وزراره عنهما عليهماالسلام جميعاً قالا: «لايحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله على أقل ممّايجب فيه القطع»(2)، ولكن الدلاله مبتنيه على كون لا يحلف بالتشديد، أضف إلى ذلک ضعف سندها.

[1] المشهور ان استحباب التغليظ للحاكم بأن يطلب ممّن عليه اليمين المغلظه وأمّا الحالف فلا استحباب فى حقّه بل يكره التغليظ منه، كمايكره

الحلف وعليه فلو

ص :199

1- (1) المصدرنفسه: الباب 29 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2:219.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:219.

....

الشَرح:

امتنع الحالف عن تغليظ يمينه وحلف بدونه لا يكون ناكلاً بل على الحاكم القضاء فى الواقعه بذلک الحلف و ذلک أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء بالبيّنات والأيمان بعد رفع اليد عن اطلاقه بالاضافه إلى الحلف بغير اللّه سبحانه والحلف بغير مطالبه المدعى.

وفى صحيحه أبى حمزه عن على بن الحسين عليهماالسلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله لاتحلفوا إلاّ باللّه ومن حلف باللّه فليصدق ومن لم يصدق فليس من اللّه ومن حلف له باللّه فليرض ومن حلف له باللّه فلم يرض فليس من اللّه عزّوجلّ»(1) فإنّ إطلاقها يعمّ صوره طلب اليمين المغلظه.

وبالجمله: الثابت من الروايات أنّ ما على المدعى عليه مع عدم اقامه المدعى البينه بدعواه اليمين على نفى الدعوى وإنّ للمدعى أن يطلبها من خصمه وأمّا كون اليمين المغلظه حقّاً له فلم يثبت ذلک، نعم قد يناقش بأنّه لايجتمع الاستحباب للحاكم مع عدم وجوب الاجابه على من عليه اليمين.

ويؤيد وجوب الاجابه بما ورد فى استحلاف الأخرس وبما ورد فى اليمين الاستظهارى لظهورهما فى كون ترک اليمين المغلظه نكولاً ومسقطاً للدعوى على الميت، حيث ورد فى روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه المتقدّمه الوارده فى دعوى الدين على الميت بعد اقامه البينه به: «فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلاّ هو لقد مات فلان وانّ حقه لعليه فإن حلف وإلاّ فلاحق له».(2)

أقول: امكان التفكيک بين الاستحباب للحاكم وعدم وجوب الاجابه على من عليه يمين ظاهر، بل لايبعد القول بعدم وجوب الاجابه بالتغليظ زماناً أو مكاناً، و إن قيل

1- (1) الوسائل: 16، الباب 6 من أبواب الأيمان.
2- (2) الوسائل، 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 172.

الثانى: لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمس خصمه لم ينحل يمينه [1].

الشَرح:

بوجوب الاجابه فيهما، فإنّ عدم وجوب الاجابه مقتضى الاطلاق المتقدم وكون التغليظ استظهاراً يناسب عدم وجوب الاجابه فإنّ من عليه اليمين اقدامه على اليمين المغلّظه مع علمه بعدم وجوب التغليظ عليه يناسب صدقه فى عدم ثبوت الحق عليه أو ثبوت مايحلف عليه من الحق.

وما ورد فى الدعوى على الميت ظاهره أنّه يتعين على الحاكم المطالبه بالحلف بنحو التغليظ وأنّه لا يكون مجرّد الحلف باللّه مدركاً لقضائه، لا أنّ الحاكم إذا طلب الحلف المغلظ يكون عليه ذلک الحلف، كما هو المدعى، مع أنّه قد تقدمت المناقشه فى سندها، أمّا ما ورد فى حلف الأخرس فإنّها واقعه خاصه ولعلّه عليه السلام قد أحرز امتناعه عن الحلف لا بما هو حلف مغلّظ.

وبالجمله فإن لم يطلب المدعى الحلف من المدعى عليه حتى صار زمان يرى حرمته أو دخل فى مكان كذلک فوجوب الاجابه على المدعى عليه بما أنّه اجابه على الاستحلاف ولا بأس به إذا اجتمعت فى الزمان المزبور أو المكان المزبور سائر شرائط الاستحلاف، أمّا إذا طلب فى مجلس الحكم أن يحلف فى ذلک المكان أو ذلک الزمان فلايجب عليه الاجابه إلاّ على نفس الحلف.

[1] ذكر قدس سره أنّ التغليظ وإن كان يستحب للحاكم إلاّ فيماتقدم فى المال الأقل من نصاب القطع إلاّ أنّه مكروه بالاضافه إلى الحالف بحيث لاينحلّ يمينه فيما إذا حلف على ترک التغليظ فى حلفه فإنّ الحلف على شىء إنّما ينحل فيما إذا صار المحلوف عليه مرجوحاً فى زمان العمل وترک التغليظ لا يصير مرجوحاً ولو مع استدعاء المدعى أو طلب الحاكم.

لا يقال: على ذلک لو حلف على ترک الحلف واتفق المرافعه بينه وبين غريمه

....

الشَرح:

و وصلت النوبه إلى طلب الحلف منه فاللازم أن يردّ اليمين على خصمه لعدم انحلال حلفه.

فإنّه يقال: بانحلال حلفه فى الفرض والانحلال واضح فى موارد عدم جواز ردّ اليمين على المدعى لعدم كون الدعوى فى المال بل فى مورد دعوى المال عليه أيضاً انحلاله مقتضى نفى الضرر بخلاف الحلف على ترک التغليظ.

اللّهم إلاّ أن يقال: إنّه لم تثبت كراهه التغليظ فى فرض الحلف، إنّما الثابت كراهه الحلف وإنّ المطلوب تركه اجلالاً للّه سبحانه ولو بتحمل الضرر كما هو المستفاد ممّا تقدم كمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله :من أجلّ اللّه سبحانه أن يحلف به أعطاه اللّه خيراً ممّا ذهب منه»(1)، وفى موثقه أبيأيوب الخزازقال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تحلفوا صادقين ولا كاذبين فإنّه عزّوجلّ يقول: «وَلاَ تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لاَءَيْمَانِكُمْ»(2)»(3)، إلى غير ذلک.

وعليه فلو حلف على ترک اليمين المغلظه بأن لا يحلف باللّه سبحانه مغلظاً ينعقد الحلف فإنّه من الحلف على ترک المكروه، وان حلف أنّه إذا حلف باللّه سبحانه فى مورد فلايجعله مغلظاً فصحّه هذا الحلف مبينه على كون ترک التغليظ مع فرض الحلف اجلالاً للّه سبحانه أيضاً ولا يخلوا عن تأمّل.

و دعوى أنّ التغليظ مع طلب الحاكم ولو بالتماس المدعى اجابه للمؤمن والاجابه له مستحب لا يمكن المساعده عليها، فإنّه لم يثبت استحباب اجابه المؤمن

1- (1) الوسائل، 16، الباب 1 من أبواب الأيمان، الحديث 3:140.
2- (2) البقره: 224.
3- (3) الوسائل، 16، الباب 1 من أبواب الأيمان، الحديث 5: 140.

وحَلف الأخرس بالاشاره [1] وقيل توضع يده على اسم اللّه فى المصحف أو يكتب اسم اللّه سبحانه وتوضع يده عليه.

وقيل يكتب اليمين فى لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحق استناداً إلى حكم علىّ عليه السلام فى واقعه الأخرس.

الشَرح:

فى ترک المستحب وفعل المكروه كما لو دعاه مؤمن والتمس منه ترک صلاه الليل ونحوها، نعم ورد ذلک فيمن صام ندباً و دعاه أخيه المؤمن إلى الأكل.

[1] المشهور عند الأصحاب أنّ حلف الأخرس بالإشاره المفهمه كغيره من انشاءاته وقراءته فى الصلاه وتلبيته وغير ذلک، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ عليّاً عليه السلام قال:تلبيه الأخرس وتشهده وقراءه القرآن فى الصلاه تحريک لسانه واشارته باصبعه»(1)وظاهرها اعتبار تحريک اللسان، مع أنّه لم يرد فيها ذكر غير التلبيه والصلاه وقراءه القرآن، فيكون التعدى إلى مثل الحلف لعدم احتمال الفرق أو الوثوق بعدمه.

ويشكل الوثوق فضلاً عن عدم احتمال الفرق بملاحظه صحيحه محمد بن مسلم الوارده فى حلف الأخرس حيث ورد فيها بعد السؤال عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه الدين وأنكر وليس للمدعى بينه، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام : الحمدللّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بيّنت للأمّه جميع ماتحتاج إليه إلى أن قال: كتب الحلف وغسله ثم أمره بشربه»(2) ولذا نسب الماتن قدس سره الحلف كذلک إلى بعض، كما نسب إلى بعض اعتباروضع الأخرس اصبعه على اسم اللّه فى المصحف أو غيره، ولعلّ الوضع كذلک محقق للاشاره إلى الحلف باصبعه.

1- (1) المصدر نفسه: 9: الباب 39، من أبواب الاحرام، الحديث 1: 39.

2- (2) الوسائل،ج 18، الباب 33 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:222.

ولا يستحلف الحاكم أحداً إلاّ فى مجلس قضائه[1] إلاّ مع العذر كالمرض المانع وشبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلّفه فى منزله وكذا المرأه التيلا عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعه بأحد الأعذار.

الشَرح:

والمتحصل: أنّ المستفاد من الصحيحه أنّ استحلاف الأخرس يحصل بما ورد فيها ومقتضى الجمع بينها وبين المعتبره أنّ ما ورد فى الصحيحه داخل فى اشاره الأخرس ولو حكماً، وحيث لم يعهد من أحد من الأصحاب القول بتعين ما ورد فى استحلاف الأخرس فالأحوط ضم الاشاره إليه، واللّه سبحانه هوالعالم.

[1] الظاهر عندهم أنّه يعتبر صدور الحلف ممّن عليه اليمين عند الحاكم فى مجلس قضائه بطلب من الحاكم فلايجوز للحاكم أن يوكّل شخصاً آخر فى استحلافه، ويستدل على ذلک بأصاله عدم انقطاع الخصومه ونفوذ الحكم بغير الحلف المزبور مع عدم عموم أو اطلاق يقتضى نفوذ الحكم مع التوكيل فى الاستحلاف، بل ظاهر صحيحه سليمان بن خالد كون الحلف بطلب الحاكم بالمباشره حيث ورد فيها: «أنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد؟ فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به».(1)

ولكن لايخفى أنّه لو كانت المباشره فى الطلب والحلف فى مجلس القضاء معتبره لما كان فرق بين صورتى الاختيار والعذر، حيث إنّه لو لم يمكن حضور من عليه اليمين مجلس الحاكم أو كان فيه عسر لكان على الحاكم فى نفوذ حكمه الحضور عند من عليه اليمين وجعل منزله مجلس قضائه فى الواقعه، ومع عدم امكان ذلک ليوقف الحكم فى الواقعه كسائر موارد ايقافه، فلا وجه لتفصيل الماتن وغيره بين الصورتين.

وبالجمله: مقتضى الأصل العملى المزبور أو مايدعى استظهاره من صحيحه

1- (1) الوسائل، 18، الباب 1 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:167.

البحث الثانى: فى يمين المنكر والمدعى.

اليمين تتوجه على المنكر[1] تعويلاً على الخبر وعلى المدّعى مع الرد ومع الشاهد الواحد، وقد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم ولايمين للمنكر مع بيّنه المدعيلانتفاء التهمه عنها ومع فقدها فالمنكر مستند إلى البرائه الأصليه فهو أولى باليمين.

الشَرح:

سليمان بن خالد عدم الفرق بين صورتى الاختيار والعذر.

ولكن الأظهر أنّه لا يعتبر فى الحلف أن يكون فى مجلس القضاء حتى فى حال الاختيار، فإنّ مقتضى ما ورد فى مدرک القضاء كونه بالبينه من المدعى ومع عدم اقامتها بحلف المدعى عليه، سواء أكان الحلف عند الحاكم أو عند وكيله فإن غايه ما ثبت اعتباره أن يكون الاحلاف من الحاكم بعد مطالبه المدعى والطلب كما يكون بالمباشره كذلک يكون بالتسبيب، فإن فعل الوكيل ينسب إلى موكّله.

والحاصل: أنّه لا يعتبر كون الاستحلاف فى مجلس القضاء بل لايبعد أن يكون الأمر فى سماع البينه كذلک بأن يوكل الحاكم شخصاً او أشخاصاً لسماع شهاده الشاهدين، فيكون حكمه بعد احرازه شهادتهما حكماً بالبينه.

[1] يتوجّه اليمين على المنكر من المتخاصمين بلاخلاف يعرف أو ينقل لقوله صلى الله عليه و آله : «البيّنه على من ادّعى واليمين على من ادعى عليه»(1) كما فى صحيحه جميل وهشام عن أبى عبداللّه عليه السلام ، وقوله عليه السلام فى صحيحه بريد بن معاويه: «الحقوق كلّها البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه إلاّ فى الدم خاصّه»(1)، وفى صحيحه جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا أقام المدعى البينه فليس عليه يمين وإن لم يقم البينه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له».(3) ومثل هذه الأخيره تدلّ

1- (2) المصدر نفسه :الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6:177.

....

الشَرح:

على توجه اليمين على المدعى مع ردّ المنكر الحلف عليه، أو حتى مع نكوله على ماتقدم. ويتوجه اليمين أيضاً على المدعى فى دعوى المال إذا كان له شاهد واحد كما يأتى.

ويتوجّه على المدعى وقبيلته فى دعواه القتل أو الجرح مع اللوث المعبر عنها بالقسامه على ما يأتى فى بحث ثبوت دعوى القتل، وقد علّل الماتن قدس سره عدم الحاجه إلى اليمين مع البيّنه للمدعى بعدم التهمه فى البينه، وعلّل وصول النوبه مع عدمها إلى يمين المنكر باستناده إلى البراءه الأصليه، فيكون أولى بها، ولكن التعليل فى كلا الحكمين ضعيف، فإنّ مع إقامه المدعى البينه بدعواه يتمّ ملاک القضاء على ماتقدم من الروايات المشار إليها، و قد ذكر فيها أنّ المطلوب منه البينه: المدعى، وأنّ المطلوب منه اليمين: هو المدعى عليه، وفى روايه منصور عن أبى عبداللّه عليه السلام ، حيث ورد فيها: «لأنّ اللّه عزّوجلّ إنّما أمر أن تطلب البينه من المدعى، فإن كانت له بينه وإلاّ فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر اللّه عزّوجلّ».(1)

والحاصل: أنّ مقتضى الروايات أنّ مع البينه للمدعى يتم ملاک القضاء والشبهه فى البيّنه توجب الفحص عن حال البينه لا ضم يمين المدعى ومع عدم تمام البيّنه تصل النوبه إلى يمين المدعى عليه سواء كان المدعى عليه قوله مطابقاً لأصاله البرائه، أو غيرها من الأمور المعتبره فى حق القاضى المزبور عدم علمه بالواقعه المرفوعه إليه.

أمّا ما فى روايه سلمه بن كهيل(2) من احلاف المدّعى مع البينه له فلايمكن

1- (1) الوسائل، 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4:171.
2- (2) المصدرنفسه: الباب 8 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4:178.

....

الشَرح:

الاعتماد عليها؛ لضعفها سنداً، ومع الغمض يحمل اليمين على الاستحباب بقرينه ما دلّ على أنّ مع البينه يتم موضوع القضاء وانّ اليمين على المدعى عليه مع عدمها، ومع الإغماض عن ذلک أيضاً يكون الترجيح مع الروايات الداله على الاكتفاء فى القضاء ببينه المدعى؛ لأنّ ضم اليمين إليها مذهب العامه.

وبالجمله: ضم اليمين إلى البينه ثبت اعتباره فى الدعوى على الميت، وفى غيرها يؤخذ بمقتضى الروايات المشار إليها.

ثمّ إنّه يعتبر فى الحلف كونه على نحو القطع والبتّ، وعليه فهل يجوزللحالف الحلف كذلک فيما كان مستنده أماره معتبره فى حقه أو أصل معتبر كذلک كقاعده اليد وأصاله الصحّه أو الاستصحاب مع أنّه قد ورد فى الروايات عدم جواز الحلف على غيرالعلم؟

لا يبعد أن يقال بجواز الحلف فيما إذا كان مقتضى دليل اعتبار الأماره أو الأصل العلم بالواقع، حيث إنّ الأماره أو الأصل المحرز بدليل الاعتبار يقوم مقام العلم المأخوذ فى الموضوع للحكم بنحو الطريقيه وأمّا بناءً على أنّ المجعول والمستفاد من دليل الاعتبارجعل الحكم التكليفى الظاهرى الطريقيأو جعل المنجزيّه والمعذريّه فالحلف استناداً عليه مشكل؛ لعدم العلم بالمحلوف عليه.

ولعل قول الماتن بعدذلک: ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً، مقتضى اعتباره وقوع الحلف فى الموارد المزبوره أيضاً على نحو البتّ، ولايكفى فيها الحلف على عدم العلم، بل قوله فى المقام فالمنكر مستند إلى البراءه الأصليه يقرب من الصراحه فى ذلک، ولكنه كما ترى.

ومع توجّهها يلزمه الحلف على القطع مطّرداً[1] إلاّ على نفى فعل الغير فإنّها على نفى العلم، فلو ادّعى على ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم. ولو ادّعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدّع عليه العلم فيكفيه الحلف أنّه لا يعلم وكذا لو قيل قبض وكيلک.

الشَرح:

[1] ظاهره أنّ مع توجه اليمين على أحد الخصمين فى مرافعه فاللازم عليه أن يحلف على نحو القطع والبت بأن يحلف على ثبوت المدعى به، كما فى اليمين المردوده إلى المدعى أو على نفيه، كما فى يمين المنكر، واستثنى من اعتبار وقوع الحلف على القطع مورداً واحداً، هو الحلف على نفى فعل الغير، فإن المعتبر فيه أن يحلف على نفى علمه به.

ولكن لا يخفى ما فى الاستثناء فإنّ المدعى به فيما إذا كان من فعل الغير فلاتسمع الدعوى على الخصم إلاّ بالبينه، كما تقدم فى مسأله ما إذا أجاب المدعى عليه بأنّه لا أدرى، نعم لو ادعى على الخصم أنّه يعلم بوقوع فعل الغير فأنكر فعليه الحلف على نفى علمه، وهذا العلم يوجب سقوط دعوى العلم عليه، ولا يوجب عدم سماع دعوى فعل الغير، كما إذا وجد المدعى بعد ذلک بينه على ذلک الفعل على ماتقدم.

وعلى ذلک فلا يتوجه فى مورد دعوى فعل الغير حلف على الخصم، ومع دعوى العلم عليه يتوجه إليه اليمين على نفى المدعى به الثانى، وهو دعوى العلم عليه، فيكون حلفه على عدم علمه حلفاً على القطع والبت.

وبالجمله: فمع توجه الحلف يكون الحلف فى كل مورد على نحو القطع والبت بلااستثناء، ولا يتوجه الحلف فى مورد دعوى فعل الغير بلا دعوى العلم به على الخصم أصلاً، ويشهد لما ذكرنا ما فرّعه بعد ذلک على هذا الاعتبار، وقال: ولو ادعى على أبيه الميّت لم يتوجه إلى الابن اليمين إلاّ مع دعوى علمه بدين أبيه.

....

الشَرح:

هذا ما يتعلّق بالعباره، وأمّا أصل اعتبار وقوع الحلف على نحو الجزم والبت فإنّ ظاهر ما دلّ على أنّ البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه وقوع الحلف على نفى المدعى به كما أنّ على المدّعى اقامه البينه عليه، وكذا ما دل على رد اليمين على المدعى وقوع الحلف منه على ما ادعاه وبضميمه ما دلّ على أنّه لايحلف الرجل إلاّ على علمه ولا يستحلف إلاّ على علمه أنّه إنّمايتوجه اليمين على من ادعى عليه من علمه بمايحلف عليه.

والمتحصل: أنّه لا فرق فى الحلف على فعل نفسه أو غيره فيأنّه لا يترتب على نفى العلم إلاّ سقوط دعوى العلم، نعم لو رد المنكر العلم اليمين على مدعى العلم عليه فحلف ثبت ذلک الفعل وهذا مشترک بين ما إذا كانت الدعوى فعله أو فعل غيره.

ثمّ إنّ المصنّف قدس سره قد فرّع على ما ذكره من اعتبار الجزم والبت فى الحلف على نفى فعله وكفايه الحلف على نفى العلم فى فعل غيره أنّه لو ادّعى عليه ابتياعاً أو قرضاً أو جنايةً يعتبر الحلف على نفيه بنحو الجزم والبت لأنّ المدعى به فعله، بخلاف ما إذا ادّعى على أبيه الميت بما ذكر فإنّه يكفى فيه الحلف على نفى علمه به مع دعوى العلم على الابن، وكذا الحال فيما قال من عليه الحق قبض وكيلک حقک، فإنّه يكفيأن يحلف الموكّل على عدم علمه بقبض الوكيل مع دعوى العلم عليه.

وقال فى الجواهر فى ذيل ذلک: إنّه لو يتضمن الدعوى دعوى العلم على الموكّل فلامورد لليمين، بل إن كانت للمدعى بيّنه بدعواه وإلاّ فلاتسمع، ونقل عن كشف اللثام أنّ الموكّل حتى مع حلفه على عدم علمه بقبض وكيله فللمدعى اثبات قبضه أو أن يحلف على البراءه ، وأورد عليه بأنّه لا مورد لحلف مدعى القبض على البرائه بلا رضا الموكل بيمينه، بل مع رضاه أيضاً بمعنى أنّه لا يترتب على حلفه بالبراءه القضاء بها، أمّا

....

الشَرح:

مع عدم رضاه فظاهر لعدم تحقق ردِ اليمين، وكذا مع رضاه لأنّ رضاه لا يجعل يمين البرائه بقبض الوكيل يميناً مردوده فإنّ اليمين المردوده تكون برد من يتوجه إليه اليمين والموكّل فى الفرض لا يتوجه إليه اليمين على نفى القبض، إلاّ أن يدعى كفايه رضا المدعى عليه بحلف المدعى فى ردّها، وإن لم يكن المدعى عليه ممّن يتوجّه إليه اليمين.

أقول: إذا كان المدعى به فعل الغير، وأجاب المدعى بعدم علمه به فلايتوجه إليه اليمين على النفى، أمّا إذا أنكر وقوع الفعل فعليه الحلف على عدم وقوع الفعل، أو ردّ الحلف على المدّعى، نعم لا يجتمع الحلف على عدم العلم مع اليمين المردوده، إلاّ مع مصالحه الموكّل الحالف حقّه بحلف المدعى على القبض أو على البراءه وتدخل اليمين فى اليمين المعاملى لا فى اليمين المردوده.

وتعرّض صاحب الجواهر قدس سره فى المقام لفرع، وتكلّم فى الحلف فيه أنّه على نفى العلم لكونه من فعل الغير أو أنّه من الحلف على فعل نفسه ليعتبر فيه الحلف على نحو البت والجزم، وهو ما إذا ادّعى على عبده جنايه بمايتوجه استحقاق العبد أو استحقاق بعضه فهل للمولى الحلف على عدم علمه بجنايته أو يتعين عليه الحلف على نفيها بنحو البت، ومنشأ الاحتمالين هو أنّ الدعوى المزبوره على المولى لكونه هو الغريم والعبد كسائر أمواله مملوک له، أو أنّ المدعى به من فعل الغير.

و نقل عن كشف اللثام أنّه بناءً على كونها من فعل الغير يتعين اثباتها بالبيّنه سواء أحلف المولى نفى علمه أم اعترف المدعى بعدم علمه وبناءً على كون المولى هو الغريم تثبت الجنايه بحلف المدعى مع نكول المولى عن الحلف على نفى الجنايه، ولا يكفى حلفه على عدم علمه.

أمّا المدعى ولا شاهد له فلايمين عليه إلاّ مع الرد أو مع النكول على قول، فإن ردّها المنكر توجهت فيحلف على الجزم ولونكل سقطت دعواه اجماعاً[1].

ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قال الشيخ: ليس له ذلک إلاّ برضا المدعى[2] وفيه تردد منشأه أنّ ذلک تفويض لا اسقاط.

الشَرح:

واختار قدس سره أنّ الحلف فى الدعوى المزبوره حلف الغريم ونقل عن المسالک أنّه بنى الوجهان على تعلق ارش الجنايه برقبه العبد فقط أو برقبته وذمته، بحيث يتبع العبد بعد عتقه بما فضل ارش جنايته، فإن قيل بالأوّل يكون المولى هو الغريم، و على الثانى يكون الحلف على نفى العلم.

أقول: يظهر الحال فى الفرع ممّا ذكرنا من عدم الفرق بين فعل نفسه وفعل غيره، فإن كان منكراً يتوجه إليه اليمين على نفى المدعى به، وإن أجاب بالجهل بالحال فليس عليه حلف إلاّ مع دعوى العلم عليه فمعها يحلف على عدم علمه، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] قد تقدّم الكلام فى ذلک فلاحاجه إلى الإعاده.

[2] لو ردّ المنكر اليمين على المدعى، فأحلفه الحاكم ثبت الحق المدعى به، ولا أثر لبذل المنكر الحلف بعد ذلک بلاخلاف يعرف أو ينقل، ويشهد لذلک مفهوم الشرطيه فى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام : «فى الرجل يدّعى ولا بينه له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(1)، فإنّ مفهومها إذا حلف صاحب الحق مع ردّ اليمين عليه ثبت حقه.

وأمّا إذا بذل المنكر الحلف قبل احلاف المدعى، فهل يكون رجوعه عن ردّ اليمين وحلفه نافذاً؟ ذكر الشيخ قدس سره إنّ رجوعه وبذله غير نافذ إلاّ برضا المدعى وكان

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 176.

ويكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق لأنّه يأتى على الدعوى[1] فلو ادّعى عليه غصباً أو اجاره مثلاً فأجاب بأنّى لم أغصب ولم أستأجر قيل يلزمه الحلف على وفق الجواب لأنّه لم يجب به إلاّ وهو قادر على الحلف عليه، والوجه أنّه إن تطوّع بذلک الشَرح:

ردّه اليمين على المدعى اسقاط لحقه.

ولكن الصحيح نفوذ حلفه فإنّه لا يستفاد ممّا ورد فى ردّ اليمين على المدعى إلاّ تفويض اليمين فإذا رجع عن تفويضه وبذل الحلف فيتم الموضوع للقضاء فى الواقعه كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»، وقد تقدم أنّ الحلف على المدعى عليه ليس حقاً لا للمدعى عليه ولا للمدعى، حتى يقبل الاسقاط منهما، غايه الأمر ثبت أنّه يجوز للمدعى عدم المطالبه بالقضاء بترک المطالبه بحلف المدعى عليه، كما يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين على المدعى مع مطالبته الحلف، ولو كان ردّ اليمين بمجرّده اسقاطاً لا ينفع فى عوده رضا المدعى كما لا يخفى.

[1] لايعتبر فى حلف المنكر أن يكون المحلوف عليه نفى خصوص ما ذكره المدّعى فى دعواه، كما لايعتبر فيه أن يكون المحلوف عليه خصوص ما أجاب به عن دعوى المدعى وإذا قال المدعيأقرضتک الألف فأجاب بأنى ما اقترضت منک ألفاً ولاغير ألف وحلف أنّه لا يستحق عليه مالاً كفى فى ترتب الحكم عليه من جواز القضاء ببراءه ذمته، حيث إنّ الحلف المزبور يصدق عليه أنّه حلف على نفى دعواه، فإنّ نفى العام نفى للخاص أيضاً.

وربّما يقال بأنّه تعتبر مطابقه المحلوف عليه بما ذكره فى الجواب، ولو ادعى عليه غصباً أو اجاره أو قرضاً فأجاب بأنى ماغصبت ولم استأجر أو لم اقترض فاللازم أن يحلف على نفى الغصب والاستيجار والاقتراض؛ لأنّ الجواب بالخاص مقتضاه أنّه

صحّ وان اقتصر على نفي الاستحقاق كفى. ولو ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعياً والمدّعى منكراً[1] فيكفى المدعى اليمين على بقاء الحق ولو حلف على نفى ذلک كان آكد لكنه غير لازم.

الشَرح:

متمكن على الحلف عليه، ولكنّه كماترى، فإنّ مقتضاه جواز الحلف على طبق الجواب لا تعين ذلک، والموضوع لجواز القضاء اليمين على نفى مايدعيه المدعى كان اليمين على نفيه بعنوانه الخاص أو بعنوان يدخل فيه.

[1] لو ذكر منكر الدين أنّ الغير قد أبرأ ذمته أو أنّه قد قبض دينه تنقلب الدعوى فيصير مدعياً، فعليه اثبات الابراء أو الإقباض، ومدعى الدين منكراً، يتوجه إليه اليمين على بقاء حقه أو على عدم الابراء أو القبض، وهذا ظاهر.

ولكن فى المقام أمر وهو ما تقدم من أنّه يعتبر فى نفوذ الحلف عن المنكر كونه برضا المدعى ومطالبته، وعليه فلو لم يطالب الذيصار مدعياً بدعوى الابراء والقبض عمّن صار منكراً بانكار الابراء والاقباض بأن أراد إيقاف الدعوى فهل يمكن لمنكر الابراء والاقباض استيفاء دينه ومطالبه المدعى بالدين، مع أنّ ظاهر الأصحاب أنّ استحلاف المنكر حق للمدعى وإذا تبرّع بالحلف فلايصحّ القضاء به، ومقتضى ذلک أنّ للمدعيإيقاف القضاء بتركه مطالبه المنكر بالحلف.

وفى موثقه عبداللّه بن أبى يعفور عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له»(1)، وفى روايه خضر النخعى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده؟ قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً»(2)، وظهورها فى

1- (1) الوسائل:ج 18، الباب 9 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:178.
2- (2) المصدرنفسه: الباب 10 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:179.

وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين [1] ويقضى على المنكر

الشَرح:

اعتبار مطالبه المدعى الحلف غير منكر، وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام «فى الرجل يدعى ولابينه له؟ قال: يستحلفه».(1) وظاهرها أيضاً اعتبار طلب المدعى صاحبه باليمين إلى غير ذلک.

ولكن لا يبعد أن يقال مقتضى وجوب القضاء وفصل الخصومه بين الناس مع ملاحظه ما دلّ على أنّ مدرک القضاء البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أنّ على القاضى مطالبه المدعى بالبينه، كما أنّ عليه مطالبه المدعى عليه باليمين مع عدم اقامه المدعى البينه، وكما أنّ رضا المنكر غير دخيل فى مطالبه المدعى بالبينه كذلک لادخل لرضا المدعى فى مطالبه المنكر باليمين، غايه الأمر يرفع اليد عن الاطلاق فى ناحيه طلب اليمين عن المنكر بالروايات المتقدمه، ومدلولها ما إذا كان الشخص مدعياً للحق له وخصمه منكراً للحق عليه، أمّا إذا انعكس الأمر بأن كان المدعى يدعى سقوط حق الغير وخصمه ينكر سقوط حقه فهذه الصوره خارجه عن مدلولها، بل لو قلنا بأنّ اعتبار رضى المدعى بيمين المنكر على القاعده لأنّ المدعى صاحب الحق فله ايقاف المطالبه بحقه ولو بعدم مطالبه المنكر لحقه بالحلف، فيختص ذلک بما إذا كانت الدعوى ثبوت الحق لا سقوط حق الغير.

وعلى ذلک فللقاضى فى الفرض مطالبه المنكر للإبراء والقبض بالحلف على بقاء حقّه وبعده يقضى ويلزم مدعى الإبراء والقبض بالأداء.

نعم إذا طلب المدعى تأخير القضاء لاحضار بيّنته بالابراء أو القبض فللحاكم الامهال بنحو لايوجب الاهمال فى أداء حقوق الناس.

[1] ذكر قدس سره أنّ كل مورد يتعيّن فيه على الخصم الجواب عن الدعوى بالاقرار أو

1- (1) المصدرنفسه: الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:176.

به مع النكول كالعتق والنسب والنكاح وغير ذلک. هذا على القول بالقضاء بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين على المدعى ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول.

الشَرح:

بالانكار أو حتى بقوله لا أعلم بأن كانت الدعوى عليه مسموعه يتوجه إليه الحلف، ولو بأن يحلف على عدم علمه على ماتقدم.

فلايتعين الجواب فيما لاتسمع الدعوى كدعوى موجب الحد على أحد بلابينه، كمايأتى فإنّه لايتوجه فى دعواه اليمين ، وإذا توجّه اليمين إلى المنكر فنكل يحكم بثبوت الدعوى بمجرّد النكول أو مع رد اليمين على المدعى على خلاف ما تقدم، و ذكر أنّه مع اعتبارالردّ ان حلف المدعى تثبت دعواه وإن نكل أى امتنع عن الحلف سقطت دعواه بلا فرق فى ذلک كلّه بين كون الدعوى بالمال أو بغيره من حقوق الناس، كدعوى العتق والنسب والنكاح والطلاق والرجوع فيه والايلاء وغير ذلک. خلافاً لبعض العامه، حيث قالوا بعدم توجه اليمين فى غير الأموال وعللوه بأن تحليف الخصم لإقراره أو نكوله ليحكم القاضى بالنكول، فإن نكوله بمنزله البذل والاباحه، ولا مورد لهما فى غير الأموال ونحوها. وعن بعض آخر منهم أنّ اليمين لا يتوجه على الخصم، إلاّ فيما إذا ثبتت الدعوى بشاهدين ذكرين، فإن غيرها يلحق بدعوى الحدّ.

أقول: ماذكره قدس سره من الملازمه بين سماع الدعوى واستحقاق الجواب عنها وبين الحلف عليه وان كان صحيحاً كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «البيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»(1)، وقوله: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان»(2)، إلاّ أنّ دعوى مثل النسب يختصّ سماعها بما إذا ترتب عليها الحق للمدعى كالإرث و وجوب النفقه ونحوهما، ولو لم تتضمّن دعواه مطالبه حق أو سقوط ما عليه من الحق للغير فلاتكون

1- (1) الوسائل:ج 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:170.
2- (2) المصدرنفسه: الباب 1 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 169.

مسائل ثمان:

الأولى: لا يتوجّه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورّث والعلم بالحق وانّه ترک فی یده مالاً[1]، ولو ساعد المدعی علی عدم أحد هذه الأمور، لم یتوجه، ولو ادّعی علیه العلم بموته أو بالحق، کفاه الحلف أنّه لا یعلم، نعم لو أثبت الحق والوفاه، وادّعی فی یده مالاً، حلف الوارث علی القطع.

الشَرح:

فی البین دعوی علی الغیر.

ومن هذا القبیل دعوی الزوجه الظهار أو الایلاء علی زوجها، فإنّها تسمع دعواها لتضمنها مطالبه ما علی زوجها أو سقوط ماله علیها، وکذا لامورد لتوجه الیمین فی مثل ما إذا ادعی الزوج طلاق زوجته أو الرجوع فی طلاقها، مع فرض عدم انقضاء عدتها حین دعوی الرجوع، فإنّ قبول قوله فیهما لدخوله فی قاعده «من ملک شیئاً ملک الاقراربه».

وأیضاً قد تقدم أنّ ردّ الیمین علی المدعی من المنکر أو من الحاکم فی موارد دعوی المال أو مایرجع إلیها صحیح، أمّا فی غیرها فمشکل، بل الحکم بالنکول فیها أیضاً کذلک.

[1] إذا ادعی علی الوارث بدین له علی المورث یتوجه الیمین إلی الوارث فیما إذا فرض فی دعواه اجتماع أمور ثلاثه علم الوارث بموت المورث وبالدین له علیه، ووجود التترکه بیده کلاً أو بعضاً، وإذا ساعد المدعی أی صدّق الوارث فی عدم أحد هذه الأمور الثلاثه لم یتوجه إلی الوارث یمین أصلاً، کما إنّه إذا کانت التترکه بید الوارث وادعی علمه بموت المورث أو بالدین له علیه یکفی الوارث الحلف علی عدم علمه، ولو أحرز الموت والدین وادعی التترکه یلزم علی الوارث الحلف علی عدم کونها بیده، لأنّ المال بید الوارث من فعل الوارث، فیعتبر فی الحلف علیه البت بخلاف دعوی

الثانيه: إذا ادّعى على المملوک فالغريم مولاه [1] ويستوى فى ذلک دعوى المال والجنايه.

الشَرح:

الدين على المورث أو دعوى موته.

لا يقال: مقتضى روايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه(1)عدم سماع الدعوى على الميت بلابينه، وان تضمنت دعواه الأُمور الثلاثه فضلاً عن توجّه اليمين على الوارث، حيث ورد فيها وان ادعى بلابينه فلاحقّ له لأنّ المدعى عليه ليس بحىّ.

فإنّه يقال: لو تضمنت الدعوى الأُمور الثلاثه تكون الدعوى على الوارث أيضاً فمن ثمّ تتوجّه اليمين على الوارث، بل يمكن القول كما تقدم بسماع الدعوى فيما إذا أحرز الموت ووجود التركه بيد الوارث ولم يعترف المدعى بجهل الوارث بالدين له على المورث فإنّه تصدق فى الفرض الدعوى على الوارث نعم إذا أجاب الوارث بلا أدرى فلامورد لليمين ولاحق للمدعى بلابينه. وإذا أجاب بنفى الدين يتوجه إليه اليمين على النفى، كما أنّه لو اعترف يؤخذ باعترافه.

والحاصل: انّ الدعوى تكون على الميت خاصه، فيما إذا اعترف المدعى بجهل الوارث بالدين، فلا تسمع بلا بيّنه كما هو ظاهر الروايه.

[1] وذلک فإنّ دعوى الجنايه على العبد دعوى استرقاقه أو مطالبه المولى بالفداء، فتكون متوجهه إلى المولى، وكذا الحال فى دعوى المال الموجود بيد العبد، فإنّ المال المزبور ملک المولى أو أنّ ولايه التصرّف فيه للمولى دون العبد، فتكون دعواه على مالكه أو الولى به، ولاعبره فى أمثال ذلک باعتراف العبد أو انكاره، ولا يتوجه إليه الحلف، بل ثبوتها باعتراف المولى ويتوجه إليه اليمين مع انكاره أو انكار العلم بها، نعم مع حلفه على عدم علمه تسقط دعوى العلم لا أصل الدعوى على ماتقدم.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.

الثالثه: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البيّنه[1] ولايتوجه اليمين على المنكر، نعم لو قذفه بالزنا ولابينه فادّعاه عليه قال فى المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه اشكال، إذ لا يمين فى الحد.

الشَرح:

نعم إذا كانت دعوى المال منحصره بما فى ذمه العبد، كما فى دعوى الإتلاف عليه فلايكون للمولى شأن فى هذه الدعوى، ولا يكون اعترافه نافذاً فى حق العبد ولا يتوجه إليه حلف، بل العبره فى ثبوت المال على ذمته حيث يؤخذ منه بعد عتقه أو انعتاقه باعتراف العبد وفى سقوطها بحلفه على نفيها.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كانت للدعوى جهتان، كما فى دعوى القتل على العبد عمداً، فينفذ اعتراف المولى بالاضافه إلى الاسترقاق، فيكون لأولياء الدم استرقاقه، وأمّا القصاص فلا، لأنّ ازهاق روح العبد ليس من اقرار المولى على نفسه، بل على نفس الغير والمولى لا سلطان له فى غير ملكيته، بل ينفذ اعتراف العبد بالاضافه إلى القصاص ولكن بنحو لا ينافى ملك المولى بأن يقتص منه بعد عتقه، وبذلک يظهر الخلل فى اطلاق كلام الماتن وغيره.

[1] يأتى أنّه يعتبر فى سماع الدعوى بحيث يلزم الجواب مع عدم البيّنه للمدعى كون المدعى به حقاً للمدعى أو لمن يتعلّق به ولايه أو وكاله أو وصايه أو سقوط حق للغير عليه أو على من يتعلّق به، كما فى دعوى الأموال وغيرها من حقوق الناس، أمّا حدود اللّه سبحانه فلا تكون من قبيل الحق لأحد ليطالبها أربابها، بل هى من حقوق اللّه سبحانه، فالمطلع على مرتكب موجباتها مع عدم تمكنه على اثبات الإرتكاب لا يجب عليه اظهاره ولو عند الحاكم كما لا يجب على المرتكب هذا الاظهار، كما يشهد لذلک صحيحه أبى العباس قال: «قال أبوعبداللّه عليه السلام أتى النبى صلى الله عليه و آله رجل فقال: إنى زنيت إلى

....

الشَرح:

أن قال: فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : لو استتر ثم تاب كان خيراً له»(1) ونحوها غيرها.

بل لا يبعد القول بعدم جوازالاظهارمن غير المتمكن على الإثبات ولو عند القاضى فيما كان المرتكب غير متجاهر بالفسق، أخذاً بما دلّ على حرمه الاغتياب، كما أنّه لو أظهر مع حرمته أو مع جوازه فلا يجب على القاضى المطالبه بالجواب، فإنّ الموضوع فى الحدود لا يزيد على سائرالشبهات الموضوعيه فى عدم لزوم الفحص عنها مع ورود درء الحدود بالشبهات، والأمر بالستر على مرتكب السوء، وفى مرسله الصدوق: «ادرأوا الحدود بالشبهات ولاشفاعه ولاكفاله ولايمين فى حدّ».(2)

نعم يجوز الاظهار مع التمكن على الاثبات، بل يجب حسبةً، وفيما أمره ولى المسلمين به منعاً عن المنكر، ويكون الاظهارعند الحاكم من قبيل الشهاده بالإرتكاب لا من قبيل الدعوى على الغير، ويظهر ذلک ممّا ورد فى رفع مفطر الصوم وغيره إلى الإمام.

ولا فرق أيضاً فى جواز الإظهار أو وجوبه أو تحريمه بين موجبات الحد وموجبات التعزير. ويختص ما ذكر بما إذا كان الحد من حقوق اللّه سبحانه فقط، وأمّا إذا كان من حق الناس كحدّ القذف فالمطالبه به بدعوى القذف على الغير وان يدخل فى الدعوى على الغير، ولكنه لاتسمع الدعوى فيه أيضاً بلابيّنه ولايتوجه فيه يمين على منكره، وفى معتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أميرالمؤمنين عليه السلام فى حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد»(3)،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 5:328.
2- (2) المصدرنفسه: الباب 24 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1:336.

3- (3) الوسائل:ج 18، الباب 24 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2:335.

....

الشَرح:

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الحد من حقوق اللّه فقط أو من حق الناس أيضاً.

وبالجمله: فالمخبر عن الغير بأنّه ارتكب موجب الحد لا يكون من المدعى حقيقه فى غير ما كان الحد من حق الناس، كحدّ القذف، ولو اجتمعت فى المخبر شرائط الشهاده يكون من الشهود، ولذا ذكر جماعه أنّه لو شهد الزوج بزنا زوجته مع ثلاثه شهود يثبت زناها، وان كان ما ذكروه مورد تأمّل، كما يأتى فى بحث الحدود ان شاء اللّه تعالى.

ثمّ إنّ المدعى به قد تجتمع فيه جهتان يكون من حق اللّه سبحانه لكونه موجباً للحد على فرض وقوعه ويكون من حق الناس، فيترتب عليه ضمان المال مثلاً فيجريعلى كل من الجهتين حكمها، كما إذا ادعى على الغير سرقه المال فتسمع دعواه بالاضافه إلى ضمان المال فإن أقام شاهداً واحداً وحلف على سرقته يثبت ضمانه، وإذا حلف سقطت دعواه، وإن ردّ اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم مع نكوله وحلف المدعى ثبتت السرقه، ولكن لا يترتب على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين أو باليمين المردوده قطع يده؛ لعدم الإعتبار فى الحدود باليمين، ولو مع الشاهد الواحد أو كانت مردوده.

ثمّ إنّه قد ذكر الشيخ قدس سره فى المبسوط أنّه لو قذف الآخر بلابيّنه بزناه بأن قال له: يا زانى، ثم ادعى عند الحاكم بأنّه قد زنى أنّه يجوز للمقذوف أن يحلف على عدم زناه ليثبت على قاذفه حدّالقذف.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه ليس فى الحدود يمين فلايحتاج فى ثبوت حد القذف عليه إلى حلف المقذوف على عدم زناه، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن

الرابعه: منكر السرقه يتوجه عليه اليمين، لإسقاط الغرم [1] ولو نكل لزمه المال دون القطع بناءً على القضاء بالنكول وهو الأظهر وإلاّ حلف المدّعى ولايثبت الحد على القولين وكذا لو أقام شاهداً وحلف.

الخامسه: لو كان له بيّنه فأعرض عنها، و التمس يمين المنكر أو قال: اسقطت البينه وقنعت باليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا[2] وفيه تردد ولعل الأقرب الجواز وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر.

الشَرح:

على عليه السلام «فى ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام : أين الرابع؟ قالوا الآن يجىء فقال على عليه السلام : حدّوهم فليس فى الحدود نظره ساعه»(1)، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «قال أمير المؤمنين عليه السلام لا يجلد رجل ولا امرأه حتى يشهد عليهما أربعه شهود على الايلاج والاخراج، وقال: لا أكون أوّل الشهود الأربعه أخشى الروعه أن ينكل بعضهم فأجلد»(2)، وظاهرهما فى كون الشهاده بالزنا مع عدم تمامها يوجب جريان حد القذف على الشاهد لا يقبل المناقشه.

[1] قد ظهر ما فى المسأله ممّا تقدم فلا نعيد.

[2] لو كان للمدعى بينه فأعرض عنها والتمس اليمين عن المنكر، أو قال: أسقطت البيّنه وقبلت باليمين ، ثمّ رجع وأراد اقامه البينه فهل تسمع تلك البينه أم لا؟ فعن الشيخ قدس سره فى المبسوط والمحكى عن ابن ادريس أنّها لا تسمع؛ لأنّ اقامه البيّنه كانت من حقه وقد أسقطها كسائر الحقوق فى أنّه لا يرجع فيها بعد اسقاطها. ولكن الصحيح سماعها فيما إذا كان رجوع المدعى قبل تمام اليمين من المنكر.

والوجه فى ذلک أنّ مع اقامه البينه لا تصل النوبه إلى يمين المنكر، وجواز

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حدالزنا، الحديث 8:372.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 11:373.

السادسه: لو ادّعى صاحب النصاب إبداله فيأثناء الحول قُبل قوله ولايمين[1] وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان.

الشَرح:

اقامتها للمدعى حكمى لا حقّى، كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»(1)، فيما إذا لم يقم المدّعى البينه مع ضميمه قوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان»(2)، فإنّ اقامه البينه تعم المفروض فى المقام، وإنّما ترفع اليد ما إذا حلف المنكر على النفى، فإنّه لا تسمع بعد ذلک البيّنه لتمام ملاک القضاء قبل اقامتها على ماتقدم من أنّه إذا رضى صاحب الحق بيمين صاحبه فحلف فلا حق له.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما كان شاهد واحد بدعواه فإنّ للمدعى اثبات دعواه بشهاده الشاهد بضم يمينه، وإذا طلب الحلف عن خصمه وقبل حلفه رجع وحلف بحقّه، فمع شهاده الواحد يتم ملاک القضاء، كما عليه المشهور.

[1] لو ادعى صاحب النصاب ابداله أثناء الحول قبل قوله ولا يمين عليه، وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان لينتقص من مقدارالزكاه لكون اعتبار الخرص فى تعيين مقدار الزكاه طريقى، والظاهر أنّ الحكم فى بابى الزكاه والخمس متسالم عليه بين الأصحاب قديماً وحديثاً ولايكون قول مالک النصاب من دعوى الإبدال أو دعوى الخطأ فى الخرص، بل كلّما ذكر صاحب المال عدم تعلق الزكاه أو الخمس بماله أو عيّن مقداره أو ذكر سقوطه بادائه يقبل قوله.

وفى صحيحه بريد بن معاويه قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: بعث أميرالؤمنين عليه السلام مصدّقاً من الكوفه إلى باديتها إلى أن قال: قال: ثم قل لهم: يا عباد اللّه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:170.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:168.

....

الشَرح:

أرسلنى إليكم ولى اللّه لآخذ منكم حق اللّه فى أموالكم فهل للّه فى أموالكم من حق فتؤدّوه إلى وليّه؟ فإن قال لک قائل: لا، فلا تراجعه».(1) وفى موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهماالسلام قال: «كان علىّ عليه السلام إذا بعث مصدّقه قال له: إذا أتيت على ربّ المال فقل تصدّق رحمک اللّه ممّا أعطاک اللّه فإن ولّى عنک فلا تراجعه»(2)، ولعلّ ظاهرها الإعراض عن المصدّق بالإعتذار بعدم الزكاه فى ماله.

وذكر بعض الأصحاب: أنّ المراد بسماع قول صاحب المال بلا يمين فى نفى الزكاه والخمس عن ماله صوره عدم العلم بكذبه، أمّا إذا علم كذبه سواء أكان العالم الفقير أم عامل الزكاه أو الحاكم فلاموجب لرفع اليد عمّا دلّ على الحلف على المنكر، حيث يمكن للفقير أو العامل بل الحاكم دعوى الزكاه فى ماله، وإذا كان المدعى فقيراً يكون هو صاحب الحق لأنّه شريک مع المالک من حيث إنّه فرد من الطبيعى، غايه الأمر أنّ المالک ليس ملزماً بالدفع إليه، بل يجوز له الدفع إلى فرد آخر وكذا العامل أو الحاكم فإنّه مطالبه الوكيل والولى.

أقول: أمّا الفقير فلاموجب لعدّ قوله من الدعوى على الغير، بل يكون من باب الإخبار والشهاده، ولو انضم إليه قول غيره، وكانا عدلين، لكان من البيّنه بكون المال متعلق الزكاه؛ وذلک فإنّ الفقير ليس مالكاً للزكاه، حيث إنّ الزكاه ملک الجامع بين الأصناف الثمانيه، كما أنّه ليس له ولايه على الزكاه وإنّمايدخل فيأحد العناوين المقرّره مصرفاً للزكاه، نظير الفقير فى اعطاء الكفاره، ولا يظن لأحد التزامه بأنّ قول الفقير بأنّ على فلان كفاره يكون من الدعوى المسموعه على الغير.

1- (1) الوسائل: 6، الباب 14 من أبواب زكاه الانعام، الحديث 1:88.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 5:90.

....

الشَرح:

نعم إذا احزر الحاكم بالزكاه فيما بيده أو على عهدته أو شهد العدلان عنده بذلک و أنكره ربّ المال فهل ربّ المال الحلف على عدم الزكاه أو ادائها؟ فقد يستظهر من بعض الروايات قبول قوله، ولو مع العلم بكذبه، وكأنّ لقول صاحب المال موضوعيه، وفى موثقه سماعه قال: «سألته عن الرجل يكون معه المال مضاربه هل عليه فى ذلک المال زكاه إذا كان يتّجر به؟ فقال: ينبغى له أن يقول لصاحب المال زكّوه فإن قالوا إنّا نزكّه فليس عليه غير ذلک وإن هم أمروه بأن يزكّيه فليفعل، قلت: أرأيت لو قالوا انا نزكيّه والرجل يعلم أنّهم لا يزكونه، فقال:إذا هم أقروا بأنّهم يزكونه فليس عليه غير ذلک وان هم قالوا: إنا لا نزكيّه فلاينبغى له أن يقبل ذلک المال ولا يعمل به حتى يزكوه».(1)

ولكن لا يخفى ظاهرها زكاه التجاره ولعدم كونها من الزكاه الواجبه عندنا، عبّر عليه السلام بينبغى ولاينبغى وانّه يسمع قولهم مع العلم بكذبهم، وطلب الحلف من ربّ المال على اخراجه الزكاه أو عدم تعلّقها لا موجب له مع الجهل بالحال، ومع العلم بها وانكاره فإنّ مع الجهل فالسماع بلايمين مقتضى صحيحه بريد وموثقه غياث المتقدمتين، ومع العلم بكذبه فلأنّ الحاكم له الولايه على الزكاه وأخذها من شؤونه، فإن علم بوجودها فى المال أو على عهده الغير فله اجباره على اخراجها، وإلاّ فله التصدى بذلک، وما دلّ على أنّ اليمين على من ادعى عليه أو على المدعى مع ردّها عليه ظاهره الواقعه المرفوعه إلى الحاكم، ولا يعم الواقعه التى يكون التصدى بها للحاكم بما هو حاكم.

قال فى المستند: لو علم تعلّق الزكاه بما له وعدم اخراجها كان لمن شأنه ذلک أن

1- (1) الوسائل: 6، الباب 15 من أبواب ماتحب فيه الزكاه، الحديث 1:50.

....

الشَرح:

يكلّفه بالأداء أو يأخذ منه، وهل تقوم شهاده العدلين مقام العلم أم لا؟ صرّح فى الشرائع بالأوّل ومقتضى الأصل هو الثانى.

ثمّ إنّه قد ثبتت الولايه بالاضافه إلى الزكاه وصرفها على مصارفها للنبى الأكرم والأئمه صلوات اللّه عليهم أجمعين كمايفصح عن ذلک قوله سبحانه: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلاتَکَ سَكَنٌ لَهُمْ»(1)، فإنّ الأمر بالأخذ يعم صوره امتناعهم والأخذ منهم قهراً عليهم ولاينافيه ما فى الذيل من الصلاه عليهم؛ لأنّها طلب الرحمه وعدم امساک النعمه عليهم فيناسب العاصى من الأُمه أيضاً.

ويظهر من الر وايات الكثيره الوارده فى موارد مختلفه أنّ لرب المال أيضاً الولايه على صرف زكاته على مصارفها منها ما ورد فى جواز اعطائه زكاتها أقاربه من الذين لا يجب عليه نفقتهم، ومنها ما ورد فى جواز قضاء دين الأب عن الزكاه، ومنها ما ورد فى اعطاء الفقير حتى يغينه، وما ورد فى سماع قول رب المال إلى غير ذلک والنتيجه ثبوت الولايه على الصرف لكل من رب المال ولإمام عليه السلام .

ولو قيل بالنيابه للفقيه أو للأعلم فى زمان الغيبه فيجوز للفقيه أو الأعلم ماكان جائزاً للنبى والإمام عليه السلام من أخذ الزكاه من رب المال مع امتناعه ولو قهراً عليه، كما أنّه لو أمر بنقل الزكاه إليه كان أمره كأمرالإمام عليه السلام فى وجوب الاتباع.

وأمّا لو بُنى على عدم النيابه، وإنّ الثابت فى حق الفقيه مايدخل فى الأُمور الحسبيه التى ذكرنا فى بحث ولايه الفقيه من أهمّها تنظيم أمر البلاد وتأمين بلاد المسلمين والدفاع عن الحوزه الإسلاميه وذكرنا أنّ مع وضع فقيه يده على الأمر الحسبى فلايجوز للآخرين مزاحمته فلايثبت الولايه للفقيه بالاضافه إلى الزكاه، لأنّ

1- (1) التوبه: 103.

....

الشَرح:

مع ثبوت الولايه لرب المال لا يدخل أمر الزكاه فى الأُمور الحسبيه إلاّ إذا امتنع ربّ المال عن اخراجها وكان لصرفها على مواردها ضروره كما أنّه لو توقف حفظ نظام البلاد والحوزه الإسلاميه على أخذ الزكاه وصرفها على مواردها دخل أخذها وصرفها فى ولايه الفقيه المتصدى لحفظها وترتيب أمنها، ومع امتناع ربّ المال من ادائها يكون على الفقيه أو المأذون من قبله التصدى لأخذ الزكاه ولو بالجبر.

ذكر فى العروه: الأفضل بل الأحوط نقل الزكاه إلى الفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبه لا سيّما إذا طلبها لأنّه أعرف بمواقعها، ولكن الأقوى عدم وجوبه فيجوزللمالک مباشره أو بالاستنابه والتوكيل تفريقها على الفقراء وصرفها فى مصارفها، نعم لو طلبها الفقيه على وجه الإيجاب بأن يكون هناک مايقتضى وجوب صرفها فى مصرف بحسب الخصوصيات الموجبه لذلک وكان مقلداً له يجب الدفع إليه، حيث إنّه تكليفه الشرعيلالمجرد طلبه، وإن كان أحوط، كما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلبها الإمام عليه السلام فى زمان الحضور، فإنّه يجب الدفع إليه بمجرّد طلبه من حيث وجوب طاعته.

أقول: التقييد بكونه مقلداً له لكون ايجابه مع عدم التقليد عن لايكون من التكليف الشرعى المعتبر فى حق غير مقلّده.

وبتعبير آخر: لو كان فتوى الفقيه المزبور ان طلب الفقيه الزكاه ولومع الموجب المزبور كطلب الإمام عليه السلام فى وجوب الاجابه فلايجب الاتباع على غير مقلّده.

وأمّا بالاضافه إلى الخمس فمقتضى الآيه المباركه بضميمه ما ورد فى تفسيرها على أنّ لرب المال أن يعطى نصفه الفقراء والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين ونقل النصف الآخر إلى الإمام عليه السلام ، إلاّ أنّ مقتضى الروايات الوارده فيأنّ لنا الخمس

وكذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول[1] أمّا لو ادعى الصّغير الحربى الإنبات الشَرح:

والأمر بنقله أو دفعه إلى وكلائهم عدم ثبوت الولايه لرب المال فى زمان الحضور، ويكون الأمر كذلک فى زمان الغيبه أيضاً لو قيل بنيابه الفقيه.

وأمّا إذا قيل بعدم ثبوت نيابته فيجوز لرب المال دفع سهم الساده الأيتام والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين أخذاً بمقتضى الآيه وماهو بمفادها، فإنّ المقدار الثابت فى رفع اليد عن مقتضاها زمان الحضور، وأمّا بالاضافه إلى السهم المبارک فالتصرّف فيه من التصرّف فى ملک الغير، ويكون منوطاً باحراز الرضا والاذن، ولايحصل هذا الاحراز إلاّ بالرجوع إلى من يقلّده، والعمل على طبق مايعيّنه.

ويجرى فى فرض امتناع ربّ المال عن اخراج الخمس ما ذكرنا فى فرض الامتناع عن اخراج الزكاه، واللّه سبحانه هوالعالم.

[1] هذا الفرع مبنى على أنّ الإسلام بعدالحول لايوجب سقوط الجزيه أمّا بناءً على سقوطها باسلام الذمى سواء أكان قبل الحول أم بعده قبل اعطاء الجزيه، كما عليه المشهور والأظهر عندالماتن قدس سره على ما ذكره فى كتاب الجهاد فلايدخل الفرض فى سماع القول.

ويشهد لذلک مع الإغماض عن النبوى الدال على أنّ الإسلام يجب ما قبله، والدال على أنّه ليس على المسلم جزيه(1) ظاهر الآيه المباركه فيأخذ الجزيه حال كون المأخوذ منه صاغراً والأخذ حال الذل لا يناسب شرف المسلم، وصحيحه زراره قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ماحدّ الجزيه على أهل الكتاب وهل عليهم فى ذلک شىء موظّف لا ينبغيأن يجوز إلى غيره ؟ إلى أن قال عليه السلام : فالجزيه تؤخذ منهم على قدر مايطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا فإنّ اللّه عزّوجلّ قال: «حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن

1- (1) المستدرک: الباب 61 من أبواب جهاد العدو، الحديث 34.

بعلاج لا بسنٍّ ليتخلّص عن القتل، فيه تردد[1] ولعلّ الأقرب أنّه لا يقبل إلاّ مع البينه.

الشَرح:

يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ»(1)، كيف يكون صاغراً وهو يكترث لما يؤخذ منه حتى يجد ذلاًّ لما أخذ منه فيألم لذلک فيسلم»(2) فإنّ ظاهرها أيضاً أنّ بالإسلام ينتهى أخذ الجزيه بلافرق بين حيلان الحول عليه كافراً أم لا، وما هو المنسوب إلى الحلبى وبعض آخر من عدم كون الإسلام بعد الحول مسقطاً للجزيه لا يمكن المساعده عليه.

ولكن بناءً عليه فدعوى الذمى اسلامه قبل الحول لسماع قوله بلاموجب لعدم كون المقام من صغريات قاعده من ملک شيئاً، فرفع اليد عن الاستصحاب فى ناحيه كفره إلى آخر السنه بلا وجه، ولو لم نقل باشتغال العهده بالجزيه من أوّل الحول، كمالايخفى.

ودعوى أنّ الإسلام من الحق بين العبد وربّه ولايعلم إلاّ من قبل العبد يدفعها بأنّ الإسلام عباره عن اظهارالشهادتين ويمكن فيه الاشهاد.

[1] إذا أسر الكافر الحربيأثناء القتال وادعي صغره وانّ الإنبات بعانته كان بالعلاج فسماع قوله مبنى على القول بأنّ الموجب للبلوغ هو الإنبات الطبيعى الحاصل بالطعن فى السن لا مطلق الإنبات، ولوكان بالعلاج؛ إذ لوكان الموضوع للبلوغ مطلق الانبات فلامورد للسماع لإحراز بلوغه ولزوم قتله.

وفى صحيحه الكناسى قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟ إلى أن قال: قلت: فالغلام يجرى فى ذلک مجرى الجاريه؟ فقال: يا أباخالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرک كان بالخيار إذا أدرک وبلغ خمسه عشره

1- (1) التوبه: 29.
2- (2) الوسائل: 11، الباب 68 من أبواب جهادالعود، الحديث 1:113.

....

الشَرح:

سنه أو يشعر فى وجهه أو ينبت فى عانته قبل ذلک».(1)

ولا يبعد ظهورها فى الانبات الطبيعى، كما لا يبعد ذلک حتى فى البلوغ بالإحتلام، ولا يضر بالاستدلال اشتمالها على حكم لا يعمل به، وهو ثبوت الخيار للصغير بعد بلوغها فيما إذا زوّجه أبوه فى صغره إن لم يمكن تقييده بما إذا زوّجه بالصغيره.

والمتحصل إذا فرض انصراف الإنبات إلى الطبيعى فسماع دعوى الحربى صغره وانّ الانبات كان بالعلاج فيما إذا احتمل صدقه لاستصحاب صغره وعدم تحقق الإنبات الطبيعى ومقتضاه دخوله فيمن لا يقتل، حتى حال قيام الحرب، كما هو ظاهر النص و الفتوى، وفى صحيحه أبى حمزه الثمالى أو محمّد بن حمران وجميل معاً عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله إذا أراد أن يبعث سريه إلى أن قال: ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صبياً ولا امرأه ولا تقطعوا شجراً إلاّ أن تضطروا إليها»(2)، ونحوها غيرها.

وعلى ذلک فلا موضوعيّه لدعوى الحربى، بل كل من احتمل صغره لايجوز قتله فدعواه الانبات بالعلاج موجبه لانقداح احتمال صغره.

وربّما يقال بسماع دعوى البلوغ بالاحتلام فإنّ الاحتلام ممّا لايعلم إلاّ من قبل الشخص فيقبل قوله فيه، ويورد عليه بأنّ سماع قوله دورى لأنّ سماع القول موقوف على احراز البلوغ فإنّ الصبى لا يعتبر قوله ولو توقف البلوغ يعنى احرازه على سماع قوله لدار.

1- (1) الوسائل :ج 14، الباب 6 من أولياء العقد، الحديث 9: 209.
2- (2) الوسائل: 11، الباب 15 من أبواب جهادالعدو، الحديث 2:43.

....

الشَرح:

ولكن لا يخفى أنّ البلوغ حتى بالإحتلام يمكن احرازه بغير قوله، ومعه لا موجب لرفع اليد عن الاستصحاب فى صغره فيحكم عليه بعدم جوازقتله أوسائر ما يترتب على الصغر من عدم صحّه عقده وايقاعه إلى غير ذلک.

ثمّ إنّه قد حكى فى الجواهر عن غايه المراد والمسالک موارد تلحق بسماع الدعوى فيها، كما إذا ادعى بنوه صغيرولامنازع له، ويمكن استظهار القبول فيه من صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الحميل فقال: وأى شىء الحميل؟ قلت: المرأه تسبى من أهلها ومعها الولد الصغير فتقول: هو ابنى، والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخى وليس لهم بينه إلاّقولهم؟ قال: فقال:مايقول الناس فيهم عندكم؟قلت: لا يورّثونهم لأنّه لم يكن لهم على ولادتهم بينه وإنّما هى ولاده الشرک، فقال: سبحان اللّه إذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تزل مقره به الحديث».(1)

ومنها: مدعيأنّه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزيه، وربّما يستدل على ذلک ماعن النبى صلى الله عليه و آله فى بعض الروايات المعتبره من أمره السرايا بقبول الجزيه من باذليها(2)، مع أنّه لا يعلم فى الغالب أنّ الباذلين من أهل الكتاب إلاّ باقرارهم، وربّما يذكر أيضاً أنّ الدين أمر قلبيلا يعرف إلاّ من قبل صاحبه ولكن قد تقدم ما فيه ويؤيد السماع ما ورد فى بعض الروايات من سؤال على عليه السلام ما أخذوا على الافطار فى شهر رمضان عن دينهم.

ومنها: مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمه حذراً من القتل، ولعلّه لدرء الحد بالشبهه وجريان الحد جلداً لاعترافه باستحقاقه.

1- (1) الكافى7:165.
2- (2) سنن بيهقى9: 184.

....

الشَرح:

ومنها: مدعى فعل الصلاه والصيام خوفاً من التعزير، ولعلّه لأنّ التعزير كالحدّ يرتفع بالشبهه.

ومنها: مدعى ايقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطه بالنيه كالحج والصلاه، وفيه أنّ المدعى فيما إذا كان ثقه فوقوع العمل منه يحرز بقوله، وأمّا صحته فيكفى فى احرازها أصاله الصحه، أمّا إذا لم يكن ثقه فمجرّد كون النيه أمراً قلبياً لا يكفى فى احراز الوقوع و احراز براءه ذمه الميت.

ومنها: دعوى الولى اخراج ماكلّف به من نفقه وغيرها والوكيل بفعل ما وكلّ فيه، ولا يبعد سماع قولهما مع عدم الانكار عليهما من المولى عليه والموكّل، وإلاّفيحتاج إلى الاثبات.

ومنها: دعوى مالک الدار لو نازعه المستعير والمستأجر فى ملكيه الكنز على قول مشهور، وهذه أيضاً لا توجب سماع دعواها بلايمين. غايه الأمر بما أنّ يد المالک أقوى من يد المستعير، والمستأجر بحسب المالک منكراً فى الواقعه لموافقه قوله مع مقتضى قاعده اليد.

ومنها: دعوى أنّ احراز الطعام للقوت، والوجه فى سماعها أنّ الموضوع للإكراه على البيع حبس الطعام زمان ضروره الناس تربصاً للغلاء، ومقتضى الأصل عدم حصول الموضوع لجوازالاكراه عليه.

ومنها: قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، ولكن قد تقدم أنّ نكول المنكر ليس من ملاک القضاء، بل يرد اليمين معه على المدعى، فإن حلف فهو، وإلاّ سقطت دعواه.

ومنها: مدعى الغلط فى اعطاء الزائد عن الحق لا التبرع والسماع لأنّه مقتضى

....

الشَرح:

الاستصحاب فى عدم تمليک الزائد ولا يعارضه الاستصحاب فى عدم الخطاء فإنّه لا يثبت التعمد بالتبرع.

ومنها: دعوى المحللّه الاصابه ليلزم على مالكها الاستبراء، وهذا يدخل فى دعوى المرأه انّها فى العدّه.

ومنها: دعوى المرأه أنّها فى الحيض أو الطهر أو فى العده أو أنّها خليه وفى صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «العده والحيض للنساء إذا ادعت صدقت»(1)، ونحوها غيرها، وربّما يظهر من معتبره السكونيأنّ ذلک ما لم تكن متّهمه(2)، ويلحق بما ذكر دعوى المرأه عدم الزوج كما فى صحيحه ميسّر.

ومنها: دعوى الظئر أنّه الولد، وفى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل استأجر ظئراً فغابت بولده سنين ثم إنّها جائت به فأنكرته أمّه وزعم أهلها أنّهم لايعرفونه؟ قال: ليس عليها شىء الظئر مأمونه»(3)، ويلحق بذلک دعوى ملک المال بلامنازع فى غير اللقطه لخبر الكيس.

ومنها: ما إذا ادّعى انّ ما بيد زيد ماله قد سرقه منه وقال زيد أنّه كان ماله، ولكنه وهبه له لا أنّه سرقه. فإنّه قد تقدم عدم قطع يد مدعى الهبه لعدم ثبوت السرقه لا لسماع قوله نعم يجوزلمدعى السرقه أخذ المال المزبور ولوكان من بيده المال من ذوى الأرحام لعدم ثبوت الهبه أيضاً، وممّا ذكر يظهر الحال فى منكر موجب الرجم أو مدعى الاكراه فيه أو الجهاله مع احتمالهما فى حقّه وكذا فى مدعى الضروره فى الكون مع

1- (1) الوسائل :ج 15، الباب 24 من أبواب العدد، الحديث 1:44.
2- (2) الوسائل :ج 1، الباب 47 من أبواب الحيض .
3- (3) المصدر نفسه:ج 15 ، الباب 80 من أبواب أحكام الأولاد، الحديث 1:189.

السابعه: لو مات ولاوارث له، وظهر له شاهد بدين[1] قيل يحبس حتى يحلف، أو يقرّ لتعذر اليمين فى طرف المشهود له وكذا لو ادعى الوصيأنّ الميت أوصى للفقراء، وشهد واحد وأنكر الوارث، وفى الموضعين اشكال لأنّ السجن عقوبه لم يثبت موجبها.

الشَرح:

الأجنبى مجردين ومنكر القدف مع عدم البينه لمدعى القذف.

ومنها: مدعى ردّ الوديعه فى المشهور، ولكن قد ذكرنا فى بحث الوديعه انّه يسمع قول الودعى فى صوره التلف فى عدم الخيانه، كما فى سائر حالات كون مال الغير بيد الشخص بنحو الأمانه، أمّا رد الواجب عليه فعليه اثباته كغيره.

ومنها: مدعى تقدم العيب مع شهاده الحال، ووجهه أنّ مع شهاده الحال بنحو ظهوره يقدم قول المشترى لإحراز صدقه.

وقد تقدم من جميع ما ذكرنا أنّه لا يستفاد من الموارد الكليّه لا قاعده قبول الشخص فى نفى موجب الحد والتعزير أو قبول ما كان قوله اخباراً بينه وبين ربّه أو لايعلم إلاّ من قبله ولم يكن فيه ضرر على الغير.

[1] إذا مات شخص لاوارث له بأن يكون تركته على تقديرها للإمام أو المسلمين وشهد واحد بالدين له على حى وأنكر الدين ذلک الحيّ قال الشيخ فى محكى المبسوط أنّه يحبس المنكر حتى يحلف على برائته أو يقرّ بالدين، وذلک لعدم امكان ان يردّ الحاكم مع نكوله اليمين إلى المشهود له، فإنّ المشهود له ميّت ولا يمكن أيضاً ردّها على الإمام عليه السلام أو على المسلمين.

ويجرى مثل ذلک يعنى حبس المنكر إلى أن يحلف على النفى او يعترف فيما إذا ادعى وصى الميّت على ورثته أنّه أوصى بكذا للفقراء وأنكر الورثه الوصيه فإنّ الورثه يحبسون إلى أن يحلفوا على نفى الوصيه أو يعترفوابها، وذلک فإنّ ردّ الحاكم مع نكول الورثه على الوصى غير ممكن لعدم جواز أن يحلف الوصى عن الميت.

....

الشَرح:

وقد أورد الماتن قدس سره على ما ذكره فى المبسوط بأنّ السجن عقوبه لم يثبت موجبها، وذكر فى الجواهر فى ذيل ذلک أنّه قد ثبت موجب العقوبه، فإنّ الدعوى المسموعه تقتضى من المنكر اليمين أو اداء الدين، وبما أنّه لم يأت بما هو مقتضاه فيستحق الحبس.

أقول: ما ذكر فى الفرعين مبنى على ردّ اليمين مع نكول المنكر عن بذله على المدّعى وإلاّ فاللازم الحكم بثبوت الدين للميت على الحى والحكم بثبوت الوصيه للفقراء بمجرّد نكول الحيأو الورثه عن اليمين.

قد ذكر بعضهم أنّه وإن لايحكم بثبوت الدعوى بمجرّد نكول المنكر فى سائر الموارد، لكن مجرّد نكوله عن اليمين فى مثل الفرعين ممّا لايمكن ردّها على المدعى كافٍ فى الحكم بثبوتها.

كما أنّه ذكر بعض آخر أنّه ليس فى مثل الفرعين توجه اليمين على المنكر، فإنّه إنّما يتوجه اليمين عليه فيما إذا أمكن له ردّها على المدعى، وفى مثل هذين الموردين يوقف الدعوى إلى أن يوجد بينه بها.

ولكن ضعف كل من القولين ظاهر، لأنّ ما ورد فيأنّه يرد اليمين على المدعى ظاهره عدم جوازالقضاء بمجرّد نكول المنكر عن اليمين، كما أنّه قد تقدم عدم اختصاص توجّه اليمين على المنكر بموارد جواز ردّه على المدعى وموارد عدم جوازه مع موارد جوازه سيّان.

والصحيح فى المقام أنّ ردّ الحاكم على الوصى اليمين مع نكول الورثه المنكرين متعين وإذا حلف بها ثبتت الوصيه، ودعوى أنّ المدعى إنّما يحلف على فعل نفسه لايمكن المساعده عليها، لما تقدم من جواز الحلف على البت والقطع مع العلم، سواء

الثامنه: لومات وعليه دين يحيط بالتركه، لم ينتقل إلى الوارث وكانت فى حكم مال الميت، وإن لم يحطّ انتقل إليه ما فضل عن الدين، وفى الحالين للوارث المحاكمه على من يدعيه لموروثه[1] لأنّه قام مقامه.

الشَرح:

أكان المحلوف عليه فعله أم فعل غيره، كما هو الحال فى حلف الولى والوكيل، بل لاحاجه مع فرض شهاده عدل آخر إلى مسأله رد اليمين، فإنّ شهاده الواحد مع يمين المدعى تثبت دعوى المال.

وأمّا مسأله دعوى الدين لميت لاوارث له فهى راجعه إلى نفس الحاكم فإن تصدى لأمر تركته من شؤونه فإن أحرز بوجه معتبر أنّ الحى مديون للميت المزبور أخذ المال منه بلاحاجه إلى القضاء وإن لم يحرز ذلک، كما هو فرض شهاده واحد أو وجدانه مكتوباً فى مذكراته، فيما إذا احتمل أنّ ضبطه كان بلاموجب فمقتضى أصاله براءه ذمه الحى الجاريه عند الحاكم لأمر مال الإمام عليه السلام عدم أخذ الحى المزبور بشىء، واللّه سبحانه هوالعالم.

[1] لوكان للميت دين يحيط بتركته لم تنتقل التركه إلى الوارث، بل تبقى على ملک الميت وعدم انتقالها إلى الورثه لأنّ الإرث بعد الدين، وأمّا عدم انتقالها إلى الدائن فإنّ الدائن يملک على ذمه الميت فتبقى التركه على ملک الميت ليوفى بها دينه.

ويترتب على ذلک أنّه لو حصل للتركه نماء بعد ذلک وقبل صرفها على دينه يكون ذلک النماء أيضاً ملكاً للميت، فتصرف على دينه، فيما كان دينه أكثر من تركته، بخلاف ما إذا قيل بانتقال التركه إلى الوارث، ولو مع الدين المستوعب، فإنّه يكون النماء المتجدد ملک الورثه، ولايصرف على دينه، وكذا الحال فيما زادت التركه عن دين الميت فإنّه لاينتقل مقدار الدين إلى الوارث، وهذا هوالقول الأظهر فى المسأله، والقول الآخر أنّ التركه تنتقل إلى الورثه بزعم أنّ المال لايبقى بلا مالک والميت لايملک.

....

الشَرح:

وعلى الأوّل من القولين ففى الحالين أى ما إذا كان الدين مستوعباً للتركه أو كانت التركه أزيد لو لم يكن للميت تركه إلاّعلى ذمه زيد وكان على الميت دين لعمرو فانكر زيد الدين عليه للميت فهل طرف المخاصمه مع زيد هوالوارث أو عمرو؟

ذكر الماتن قدس سره أنّ طرف المخاصمه مع زيد هوالوارث لاعمرو لأنّ الوارث يقوم مقام الميّت فلو كان للدين على زيد شاهد واحد يحلف الوارث مع ذلک الشاهد، ويثبت الدين على زيد لثبوت الدعوى المالى بشاهدواحد ويمين المدعى، وأمّا عمرو فليس طرف المخاصمه، لأنّه ما على ذمه زيد ليس بملكه وان تعلّق به حقّه، فإنّ المفروض بقاء التركه فى المفروض بتمامها أو بمقدار الدين على ملک الميت .

نعم ذكر فى القواعد أنّه لو امتنع الوارث عن المرافعه يجوز للدائن يعنى عمروفى الفرض المحاكمه مع زيد، ولكن لا يجوزله الحلف مع الشاهد الواحد أو باليمين المردوده، بل يجوز له احلاف زيد على عدم اشتغال ذمته للميت. فلو حلف زيد على عدم الدين للميت تسقط دعوى زيد لادعوى الوارث، فيمكن للوارث بعد ذلک اثبات الدين على زيد بشهاده واحد ويمينه أو باليمين المردوده.

وإذا أخذ الوارث الدين لمورثه من زيد كان لعمرو مطالبه الوارث بالدين على مورثه لبقاء المال على ملک المورث ولزوم صرفه فيأداء دينه، وهل يجوز لعمرو مطالبه زيد بالمال قبل أخذ الوارث؟ فيه اشكال.

وذكر فى الجواهر فى وجه الاشكال توهم سقوط الدين عن زيد باحلاف عمرو قبل ذلک، وأجاب عنه بأنّ الساقط بالاحلاف حق الدعوى على زيد لا المطالبه بالمال الثابت على عهده زيد باثبات الوارث، ولذا لافرق فى جواز مطالبته بين أخذ الوارث وعدمه.

ص :236

....

الشَرح:

ولكن ناقش قدس سره فى جواز مطالبه عمرو زيداً أو الوارث بأنّ اليمين على الإبراء من زيد قد فوتت التركه بالاضافه إلى عمرو أنّ الميت ليس له تركه بالاضافه إليه ليطالبها وفاءً للدين، وإن كان له تركه بالاضافه إلى الوارث، وناقش أيضاً فى حلف الوارث مع الشاهد الواحد أو باليمين المردوده بأنّ يمينه عن الغير، حيث إنّ المال لم ينتقل فى الفرض إلى ملكه وانتقاله إليه بابراء الدائنين الميت لايوجب كون حلفه بالفعل عن نفسه، ولوكان الانتقال التقديرى موجباً لكون حلفه عن نفسه لجاز حلف عمرو أيضاً، لكون ما على ذمه زيد ملكه على تقدير وفاء دين الميت به انتهى.

أقول: إذا كان على الميت دين يحيط بتركته و كانت تركته منحصره بما له على عهده الآخر فليس للدائن مطالبه الورثه بالوفاء، لأنّ ما على عهده الآخر ملک للميت يتعين الدين على الميت فيه، وليس للوارث شأن فيه، ولذا ليس للوارث مخاصمه المديون للميت فى الفرض، وانتقاله إلى الوارث على تقدير ابراء الميت عمّا على عهدته لايصحح طرح الدعوى قبل الابراء.

نعم إذا كان الوارث وصياً للميت فى استيفاء ماله واداء ما عليه يجوز له مخاصمه المدين للميت، وهذا خارج عن الفرض، كما أنّه يخرج عنه ما إذا أخذ الوارث الوكاله عن الدائن فى طرح الدعوى على المدين للميت.

وبالجمله: فللدائن مطالبه المدين للميت ومخاصمته، وكذا الحال فيما كان ما للميت على ذمه الآخر أكثر من الدين، ولكن ذكر الوارث بأنّه لايدرى أنّ لمورثه مال بذمه الآخر.

نعم إذا اعترف الوارث بأنّ للمورث على عهده الآخر أكثر من الدين عليه، أو كان بيد الوارث تركه أخرى فطرف المخاصمه مع المدين للميت هوالوارث، حيث إنّ

البحث الثالث: فی اليمين مع الشاهد. يقضى بالشاهد واليمين فی الجمله[1] استناداً الى قضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله وقضاء على عليه السلام بعده.

الشَرح:

الدائن لايستحق عن التركه إلاّ الدين له بنحو الكلّى فی المعين فللوارث اداء ذلک الكلّى وتعيينه فی كل من ابعاض التركه.

نعم إذا امتنع الوارث عن المخاصمه مع مدين الميت فيجوز للدائن مطالبه بوفاء ما عليه من الدين للميت؛ لأنّ امتناع الورثه عن المحاكمه اسقاط لحقه فی تعيين الدين على الميت فی أبعاض تركته.

[1] لاخلاف عندنا فی ثبوت الدعوى بشهاده عدل واحد ويمين المدعى فی الجمله، وعلى ذلک اتفاق الأصحاب قديماً و حديثاً، وبذلک نطقت الروايات وانّه قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله بهما وعلى عليه السلام ، والمشهور على أنّ الثابت بهما دعوى المال عيناً أو ديناً، وكذا كل دعوى يكون المقصود بها المال، كدعوى البيع والاجاره والهبه إلى غير ذلک، ولكن عن جماعه كالشيخ فی النهايه والاستبصار وابنى زهره والبراج اختصاص الثبوت بدعوى الدين، وعن السبزوارى ثبوت حقوق الناس بهما مطلقاً، ولولم تكن من دعوى المال أو المقصود منها المال كالطلاق والعتاق والنسب والوصيه إليه إلى غير ذلک، حيث مال إلى ذلک فيآخر كلامه، واستثنى المورد الذى تم فيه الإجماع على عدم قبول شهاده الواحد مع اليمين.

والروايات الوارده فی المقام على طائفتين :

الأولى: مايظهر منها الاختصاص بالدين أو أنّ الثبوت بهما فی الدين، وفی موثقه أبى بصير قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد قال: فقال: كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق و ذلک

....

الشَرح:

فى الدين»(1)، وفى صحيحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: كان على عليه السلام يجيز فى الدين شهاده رجل ويمين المدعى»(2)، وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يجيز فى الدين شهاده رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز فى الهلال إلاّ شاهدى عدل»(3)، إلى غير ذلک.

الثانيه: مايظهر منه ثبوت حقوق الناس بهما، كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأمّا ما كان من حقوق اللّه عزّوجلّ أو رؤيه الهلال فلا».(4)

ومعتبره منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق»(5) بناءً على عدم اراده الدين من الحق.

ولو لم يكن فى البين صحيحه محمد بن مسلم كالصريحه فى الاطلاق يتعين الجمع بين الطائفتن بحمل الاطلاق فى الطائفه الثانيه على القيد فى الطائفه الأولى، ولكن معها لايمكن ذلک، بل يتعين أن تحمل الأُولى على أنّ قضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله قد وقع بشاهد ويمين فى الدين لا أنّ ثبوت الدعوى بهما يختص بالدين، كمايحمل علي ذلک ما ورد فى معتبره داود بن الحصين(6) وغيرها ممّا يلحق بالطائفه الأُولى.

لا يقال: مع الاغماض عن صحيحه محمد بن مسلم أيضاً لا يمكن الاختصاص؛ لأنّ اعتراض على عليه السلام على قضاء شريح فى قضيه درع طلحه شاهد لثبوت دعوى العين

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1و11: 193.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 14، من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 5:195.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 12: 196.
4- (4) المصدر نفسه: الحديث 2:193.
5- (5) المصدر نفسه: الباب 24 من أبواب كيفيه الشهادات، الحديث 35:265.

....

الشَرح:

بشاهد ويمين، حيث ذكر (سلام الله عليه) فيها: «ثم اتيتک بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضى بشهاده واحد يكون معه آخر وقد قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله بشهاده واحد ويمين».(1)

فإنّه يقال: لم تكن دعوى على عليه السلام درع طلحه من موارد المحاكمه، كما ذكرنا سابقاً، ويشير إلى ذلک ما فى ذيل الحديث: «ويلک أو ويحک انّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من ذلک»، واعتراضه عليه السلام كان مبنياً على عدم جعل شريح شهاده الواحد مع يمين المدعى ميزان القضاء ولو فى دعوى الدين، كما يظهر ذلک من استشهاده عليه السلام بقضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله .

نعم يمكن أن يقال: إنّ فى صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج دلاله أو اشاره إلى عدم اختصاص الثبوت بدعوى الدين أو المال وهو أنّه عليه السلام قد ذكر فى ردّ حكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل قول اللّه:«وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنكُمْ»(2) هو أن لاتقبلوا شهاده واحد مع اليمين(3).

وحاصل جوابه عليه السلام : أنّ اللّه قد أمر بأخذ شاهدين عدلين فى تحمل الشهاده بالطلاق أو النكاح لا فى مقام ادائها ويمكن أن يتعيّن فى مقام التحمل الشاهدين ولا يعتبر فى مقام الاداء لاحتمال أن يكون حكمه التعدد فى التحمل لأجل أنّه لو نسى أحدهما الشهاده يكون الآخر على ذكر منها، وعلى ذلک فلوكان اعتبار شهاده الواحد مع يمين المدعى مختصاً بالدين لكان الأنسب أن يذكر عليه السلام فى الردّ عليهما بأنّ الآيه ناظره إلى الطلاق أو النكاح واعتبار شهاده الواحد واليمين يختص بالدين.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14، من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6:194.
2- (2) الطلاق: 2.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6: 194

....

الشَرح:

لا يقال: آيه التداين بقرينه ما فيها من ذكر وجه اعتبارالمرأتين مع الرجل من قوله سبحانه: «أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى»(1) ظاهرها عدم اعتبار شهاده الواحد ويمين المدعى فى الدين أيضاً.

فإنّه يقال: لا دلاله فى الآيه المباركه أيضاً على عدم سماع شهاده الواحد مع يمين المدعى إذا لم يمكن فى مقام الاداء شهاده رجل وامرأتين، بل على تقدير الإغماض فالظهور اطلاقى يرفع اليد عنه بما ورد فى قضاء رسول اللّه صلى الله عليه و آله بهما، كما يدل عليه ما ورد فى معتبره داود بن الحصين(2) وغيرها ممّا تقدم.

والحاصل: مقتضى الجمع بين الطائفتين الإلتزام بثبوت الدعوى فى حقوق الناس كافةً بشهاده الواحد ويمين المدعى، إلاّ إذا تم فى مورد الإجماع على خلافه، كما ذكره فى الجواهر أيضاً. فما عن المشهور من اختصاص السماع بدعوى المال لايخلو عن المناقشه، فإنّه إن كان مرادهم المقصود من الدعوى هو المال فيدخل فيها جمله من الحقوق غير الماليه كدعوى الوكاله فيما كان غرض المدعى المطالبه بالأجره، وكذا دعوى الوصايه فيما كان غرض المدعى الأكل بالمعروف، ودعوى النسب فيما كان الغرض من دعواها الارث أو النفقه إلى غير ذلک.

وإن كان مرادهم أن يكون المدعى به فى نفسه مالاً فلاوجه فى خلافهم وترددهم فى ثبوت النكاح، ودعوى الوقف بهما. ثمّ إنّ الظاهر من حقوق الناس مقابل حقوق اللّه التى يدخل فيها الحدود ومع التردد فى مورد أنّه من حقوق الناس أو حقوق اللّه يرجع فيه إلى الأصل ومقتضاه عدم اعتبار شهاده الواحد، ويمين المدعى بينه، لو لم

1- (1) البقره: 282.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 35: 265.

ويشترط شهاده الشاهد أوّلاً، وثبوت عدالته ثم اليمين[1] ولو بدأ باليمين، وقعت لاغيه، وافتقر إلى اعادتها بعد الإقامه.

الشَرح:

نقل بظهور البيّنه فى خصوص شهاده العدلين من مثل قولهم عليهماالسلام : «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»(1)، وإن قولهم: واليمين على من أنكر ظاهره عدم اعتبار يمين المدعى فى القضاء.

[1] المنسوب إلى المشهوربل نفى الخلاف فيأنّه يعتبر فى ثبوت الدعوى بشاهد ويمين وقوع اليمين بعد شهاده الشاهد وثبوت عدالته، فإنّه وإن لا يعتبر الترتيب بين شهاده الشاهد وثبوت عدالته إلاّ أنّه يعتبر وقوع اليمين بعدهما، فلو حلف المدعيأوّلاً وقع لغواً، فعليه اعاده اليمين بعدهما، ونسب فى كشف اللثام الاعتبار إلى قطع الأصحاب.

ويستدلّ على ذلک بوجوه بعضها استحسانيه، كالمذكور فى المسالک بأنّ وظيفه المدعى اثبات مدّعاه بالبينه ولو بدأ بشهاده الواحد تنقص البينه ويكون لها تكميلها باليمين للنص، بخلاف ما إذا عكس الأمر فإنّ الحلف ليس من البدء بما هو وظيفه المدعى فلا يعتبر.

وفيه أنّ النص قد دلّ على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين ولم يعتبر فيه تقديم الشهاده فتكون وظيفه المدعى اقامه البينه ومع عدمها الشاهد واليمين، نظير ما ورد من أنّ على المدعى فى دعواه المال شهاده رجلين أو شهاده رجل وامرأتين، حيث لا تدل على وقوع شهاده الرجل قبل شهاده المرأتين.

وذكر فى كشف اللثام أنّ اليمين تكون حجه المدعى إذا قوى جانبه، ومع حصول شهاده العدل الواحد أوّلاً يقوى جانبه فتعتبر اليمين منه دون العكس، كما أنّ اليمين تثبت بها الدعوى بمجرّدها إذا قوى جانبه بنكول المنكر. وفيه أنّ ماذكر مجرّد دعوى

1- (1) المستدرک: 17، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 4: 368.

....

الشَرح:

لم يشهد بهاشىء من الروايات.

نعم قد يذكر أنّه قد ورد فى الروايات ذكر الشاهد قبل ذكر اليمين، فتكون ظاهره فى اعتبار وقوع الشهاده قبل اليمين.

وفيه: أنّ الوارد فى جمله منها عطف يمين المدعى على شهاده رجل واحد بالواو العاطفه أو بلفظ مع ولا دلاله لهما على الترتيب بل فى روايه عباد بن صهيب عن أبيه عن الصادق عن آبائه: «أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قضى باليمين مع الشاهد الواحد»(1)، وروايه العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: «انّ جعفر بن محمد عليهماالسلام قال له أبوحنيفه: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد».(2)

وقد يذكر فى وجه تقديم شهاده الواحد أنّه لا اطلاق فى روايات الباب، فإنّها وارده فى مقام نفى حصر ثبوت الدعوى بالبينه، وإنّه يكفى فى القضاء فى الدين أو الحق المالى شهاده الواحد ويمين المدعى، ولذا لم يذكر فيها تمام مايعتبر فى ثبوت الدعوى بهما، وإنّ الثبوت فيما إذا لم يتمكن المدعى من اقامه البينه.

وفيه: أنّه لا قرينه فى البين على كون تمام الروايات مهمله، مع أنّ الأصل فى كل خطاب كون المتكلم به فى مقام البيان من جهه قيود الموضوع والحكم، وفى صحيحه أحمد بن محمد ابن أبى نصر البزنطى قال: «سمعت الرضا عليه السلام يقول: قال أبوحنيفه لأبى عبداللّه عليه السلام تجيزون شهاده واحد ويمين؟ قال: نعم قضى به رسول اللّه صلى الله عليه و آله وقضى به على عليه السلام بين أظهركم».(3)

فإنّه وإن كان لدعوى الإهمال فيها مجال، ولكن لا مجال لدعواه فى مثل صحيحه منصوربن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى الله عليه و آله يقضى بشاهد واحد مع

. ...

الشَرح:

يمين صاحب الحق»(1)، ومعتبره داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن شهاده النساء فى النكاح بلا رجل معهنّ إلى أن قال: فقلت: أنى ذكر اللّه تعالى قوله: «فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ»(2)، فقال: ذلک فى الدين إذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى إذا لم يكن امرأتان، وقضى به رسول اللّه صلى الله عليه و آله وأميرالمؤمنين عليه السلام بعده عندكم».(3)

وبالجمله: التأمّل فى اعتبارتقديم الشهاده بل منع اعتباره، كما عن صاحب المستند هو الأظهر، وليس المراد من يمين على صدق الشاهد فيما شهد حتى لايكون للحلف موضوع قبل الشهاده، بل المراد اليمين على أنّه حقه ثابت، وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب يحلف باللّه أنّ حقّه لحق»(4)، وظاهر الحلف على ثبوت حقه لا الحلف على صدق الشاهد فيما وقع منه من الشهاده.

نعم فى المقام كلام، وهو أنّ يمين المدعى تقوم مقام الشاهد الآخر، بحيث تكون اليمين احد جزئى المثبت للحق، أو أنّ مثبته شهاده الشاهد ويمين المدعى شرط فى شهادته ويتفرع على الأوّل أنّ الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء بها يغرم نصف المال، وعلى الثانيأنّه يغرم تمام المال، لكن ظاهرالروايات كون اليمين احد جُزءَى المثبت للحق، خصوصاً بملاحظه معتبره داود بن الحصين، حيث إنّ ظاهرها قيام اليمين مقام شهاده المرأتين القائمه شهادتهما مقام شهاده عدل آخر من البيّنه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2:193.
2- (2) البقره :282.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 35:265.
4- (4) المصدر نفسه :الباب 15 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3:198.

ويثبت الحكم بذلک فی الأموال [1]: کالدين والقرض والغصب، وفی المعاوضات: کالبيع، والصرف، والصلح، والاجاره، والقراض، والهبه، والوصيه له، والجنايه الموجبه للديه: کالخطاء، وعمد الخطاء، وقتل الوالد ولده، والحر العبد، وکسرالعظام، والجايفه والمأمومه، وضابطه ماکان مالاً، أو المقصود منه المال، وفی النکاح تردد أمّا الخلع والطلاق والرجعه والعتق والتدبير والکتابه والنسب والوکاله والوصيه إليه وعيوب النساء، فلا. وفی الوقف اشکال، منشأه النظر إلی من ينتقل إليه، والأشبه القبول، لانتقاله إلی الموقوف عليهم.

الشَرح:

[1] ظاهر کلام الماتن قدس سره أنّه يثبت بشهاده عدل واحد ويمين المدعی ما إذا کان نفس المدعی به مالاً أو أمراً يکون المقصود بذلک الأمر عند الناس دعوی تملک المال عيناً أو ديناً أو منفعه، کدعوی البيع، والوصيه له، والهبه، والقرض، والغصب فی مال تالف أو غيره، والجنايه الموجبه للديه، والأرش، ودعوی الإجاره، وغيرها ممّا يعبر عنها بالحقوق الماليه.

وأنّه لا يثبت بهما ما يکون المدعی به أمراً لا يکون المقصود بذلک الأمر عند الناس المال وان ترتب عليه تملک المال، کما فی دعوی الخلع والطلاق والرجعه والتدبير والکتابه والنسب والوصيه إليه و عيوب النساء وقد تقدم أنّ هذا القول هو المنسوب إلی المشهور، وفی مقابل ذلک اختصاص الثابت بشهاده الواحد ويمين المدعی بموارد دعوی الدين وعموم الثبوت بهما مالم يکن من حدود اللّه سبحانه وأن يطلق عليه حق الناس، کدعوی القذف، أو کان مثل رؤيه الهلال ممّا لا يکون فيها دعوی حق علی الغير، أو کان فيها هذه الدعوی، ولکن قام دليل خاص أو اجماع علی عدم اعتبار شاهد ويمين فيها.

وذکر صاحب الجواهر قدس سره أنّ کل مورد تشرع فيه ردّ يمين المنکر علی المدعی

ولايثبت دعوى الجماعه مع الشاهد، إلاّ مع حلف كلّ واحد منهم [1] ولوامتنع

الشَرح:

تثبت الدعوى فيه بشهاده الواحد ويمين المدعى، حيث إنّ الظاهركون هذه اليمين يمين المنكر قد صارت إلى المدعى الذى له شاهد واحد، وعلى ذلک فالأمر فى المسأله دائر بين القولين الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق.

أقول: لم يظهر أنّ يمين المدعى مع شهاده الواحد دائر مدار جواز ردّ اليمين، وقد تقدم أنّ طائفه من الروايات ظاهرها اختصاص الثبوت بهما بالدين، ولكن فى مقابلها صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (1) من ثبوت حقوق الناس بهما، فالأمر دائر بين أن يكون المراد من حقوق الناس دعوى الدين كما ذكرنا انصراف الحق إلى الدين فى الروايات الوارده فى ردّ اليمين على المدعى، وبين أن يحمل ما ورد ما ظاهره الاختصاص بالدين على أنّ القضاء الواقع بشاهد ويمين من رسول اللّه صلى الله عليه و آله قد وقع فى الدين لا أنّه يختص الثبوت بهما بالدين. وقد ذكرنا أنّه يمكن استظهار ثبوت المال بهما ولو كان عيناً من صحيحه عبدالرحمان ابن الحجاج(2)، بل ما يكون المقصود منه مالاً.

وقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ التردد فى دعوى النكاح لا وجه له فإنّه ربّما يكون غرض مدعيه المال كما فى فرض موت أحد الزوجين إلاّ أنّ المقصود من النكاح عند الناس هوالزوجيه لا المال، نظير دعوى الوصايه إليه، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] لو ادعى جماعه مالاً مشتركاً بينهم بسبب واحد كالإرث واقاموا شاهداً واحداً فلا يكفى فى ثبوت دعواهم حلف واحد منهم مع شهاده الشاهد لهم، بل يعتبر فى ثبوتها حلف كلّ واحد منهم، لأنّ الدعوى المزبوره وان كانت بحسب الصوره واحده، إلاّ أنّ كلاً منهم مدعٍ بالاضافه إلى حصته من ذلک المال، والشاهد الواحد يشهد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 12:196.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6:194.

البعض، ثبت نصيب من حلف دون الممتنع ولايحلف من لايعرف مايحلف عليه يقيناً،

الشَرح:

بالحصه لكلٍّ منهم ، فيلزم حلف كل منهم على حصته.

ووحده السبب لا توجب الإكتفاء بحلف واحد فإنّه مضافاً إلى ما تقدم من أن الثابت بشهاده الواحد ويمين المدعى المال دون السبب ان السبب فيه أيضاً انحلال، فثبوته بالإضافه إلى بعض لا يلازم ثبوته بالإضافه إلى الآخرين بحسب الظاهر.

فما عن المقدس البغدادى من كفايه حلف واحد من بعضهم، وإلاّ فلايثبت حقّ الحالف أيضاً بدون حلف الآخرين لا يمكن المساعده عليه، بل المحكى فى كلمات بعض التسالم على الحكم من الأصحاب، نعم ربّمايحتمل أن تثبت حصه كلّ منهم بالحلف الواحد فيما كان الحالف وليّاً عليهم أو وكيلاً عنهم فى الدعوى، ولكنّه أيضاً لا يخلو من تأمل، وقد تقدم جوازحلف الولى بل الوكيل فى الدعوى مع علمه بالحال.

وعلى ذلک ففيما حلف البعض وامتنع الآخرون تثبت حصه الحالف ولو باعها من المدعى عليه وأخذ ثمنها فلاينبغى التأمل فى عدم شركه الممتنعين عن الحلف فى الثمن المزبور، لأنّ المبيع هو الحصه، وكذا إذا ما باعها من غير المدعى عليه، أمّا إذا أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارک، فى المأخوذ بقيه الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارک، فى المأخوذ بقيه الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته من العين لا يعين حصته فيه، لبطلان القسمه مع غير المالک.

وبالجمله: فالمقدار المأخوذ مال مشترک باعتراف الحالف، كما أنّ الباقى من العين عند المدعى عليه باقٍ على الإشاعه بين الجميع.

وأمّا إذا كان المدعى به ديناً على عهده المدعى عليه تتعيّن حصته فى المأخوذ، لأنّ الدين إنّما يتعيّن بما فى الخارج بقصد الدافع وإذا قصد المدعى عليه دفع دينه للحالف يكون المأخوذ ملک الحالف، وتبقى حصه الآخر على ذمّته.

....

الشَرح:

لا يقال: كيف يختص الدين بالمدفوع إليه الحالف ولا يشترک فيه سائر الورثه مع أنّ الأصحاب ذكروا عدم جواز قسمه الدين المشترک قبل أخذه واستفادوا ذلک من الروايات الوارده من أنّ التالف من الدين يذهب على كل الشركاء والواصل منه يكون مشتركاً بينهم ولو مع قسمه الديان، وفى موثقه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام : «فى رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه ما غائب عنهما فاقتسما الذى بايديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض احدهما ولم يقبض الآخر قال ما قبض احدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما» وقريب منها غيرها.

فإنّه يقال: الروايات المشار إليها لا تعمّ المقام، فإنّ المفروض فيها ما إذا كان لاثنين مالاً بذمه الواحد أو المتعدد واقتسما ذلک الدين قبل أخذه، بأن قال أحد الشريكين لصاحبه أنّ ما لنا ما فى ذمه فلان من الدين المشترک لک وما على عهده الآخر لى، أو قال مايؤخذ من المديون من القسط الأول من الدين لک والقسط الثانى لى، وكان دفع المديون وفاءً لما عليه من الدين لهما، وفى مثل ذلک لو تلف بعض الدين يحسب عليهما لبطلان القسمه أو انحلالها بتلف البعض.

أمّا إذا دفع من عليه المال للآخر ما عليه بقصد وفاء ما عليه له، يتعين الدين له بالدفع ولا يدخل فى المفروض فيها لتلف ما للآخر عليه بامتناعه عن الحلف، وكأنه اتلف ماله على الآخر بالامتناع المزبور.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ امتناع المدعى مع الشاهد الواحد عن الحلف، ليس كامتناعه عن اليمين المردوده عليه، فإنّ امتناعه عن اليمين المردوده يوجب سقوط دعواه، فيحكم القاضى ببراءه ذمه المدعى عليه، فلا يفيده الظفر بعد ذلک بالبينه، على

ولايثبت مالاً لغيره[1]، فلو ادّعى غريم الميّت مالاً له على آخر، مع شاهد فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم وكذا لو ادّعى رهناً، وأقام شاهداً أنّه للراهن لم يحلف لأنّ يمينه لإثبات مال الغير.

الشَرح:

ما تقدم، وهذا بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث إنّ يمينه فى المقام إقامه المثبت لدعواه كإقامه البينه وامتناعه عن إقامه البينه ليس بمعنى طلب اليمين عن المنكر والرضا بيمينه، فيكون امتناعه عن الحلف بلاطلب اليمين عن المنكر من ايقاف الدعوى، ولو ظفر بعد ذلک بشاهد آخر أو أنّه مات وقام وارثه لبذل اليمين ليأخذ حصه مورثه جاز.

[1] ذكر قدس سره اعتبار أمرين فى الحلف المترتب عليه جواز القضاء:

الأوّل: كون المحلوف عليه امراً يقينياً سواء أكان الحلف على النفى أم الإثبات وسواء أكانت اليمين مردوده أم غيرها.

الثانى: أنّه يعتبر فى الحلف أن لايكون المحلوف عليه لغير الحالف، بأن يحلف على مال للغير وإن تعلّق حقه به، ولأجله تصح له الدعوى فيه.

أقول: إن كان المراد من الأمر الأوّل، عدم جواز الحلف بمجرد وجدان ضبط المحلوف عليه فى كتابته أو كتابه مورثه مع احتمال كونه بلا موجب أو نحو ذلک مما لايكون حجّه معتبره فالأمر ظاهر، لما تقدم من الروايات الظاهره فى اعتبار علم الحالف وأنّه لا يمين إلاّ على العلم، وإن كان المراد اعتبار خصوص وصف اليقين بحيث لا يجوز الحلف اعتماداً على الحجج مع كون مفاد دليل اعتبارها أنّها علم بالواقع فلا يمكن المساعده عليه كالاستصحاب، حيث مفاد خطاب إعتباره أنّ اليقين بالحاله السابقه يقين ببقائها وأنّ اليقين السابق يعتبر علماً بالبقاء، نعم لا يجوز الحلف اعتماداً على مثل اصاله البراءه مما يكون مفادها مجرد الحكم الظاهرى.

....

الشَرح:

وما عن صاحب الجواهر من الاستشكال فى جواز الحلف اعتماداً على الاستصحاب بل تقويته عدم الجواز فيه تأمل، وقد تقدم جواز الحلف اعتماداً على قاعده اليد و وروده فى معتبره حفص بن غياث.

وأمّا ما ذكر من الأمر الثانى وهو عدم جواز الحلف على المال للغير سواء أكان عيناً أم على العهده فقد نسب ذلک إلى الشهره، وعن كاشف اللثام جواز حلف الولى على المال للمولى عليه.

ويستدل على عدم الاعتبار بما فى الرّوايات فى ثبوت الحق بشاهد ويمين صاحب الحق كما فى معتبره منصور بن حازم(1)، ويمين صاحب الدين كما فى صحيحه محمد بن مسلم(2)، مع أنّ الأصل عدم ثبوت الدعوى وعدم نفوذ القضاء بغير يمين صاحب الحقّ.

ولكن الأظهر عدم الفرق فى الحلف سواء أكانت اليمين مردوده أم مع الشاهد بين كونه على المال للحالف أو للغير فيما إذا تعلّق للحالف الحق بذلک المال أو بدعواه، كما فى الولى والوكيل فى الدعوى.

و ما ذكر من الروايات وإن كان ظاهرها حلف من يدعى أنّه مالک المال، إلاّ أنّها لا تصلح لتقييد الاطلاق فى البعض الأُخرى كصحيحه حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: كان على عليه السلام يجيز فى الدين شهاده رجل ويمين المدعى»(3)، وصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2:193.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 5 و 11:195.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 11:195.

ولو ادّعى الجماعه مالاً لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم تثبت الدعوى [1] وقسم بينهم على الفريضه ولوكان وصيّه قسّموه بالسّويّه، إلاّ أن يثبت التفضيل وإن امتنعوا لم يحكم لهم، ولو حلف بعض أخذ، ولم يكن للممتنع معه شركه، ولو كان فى الجمله مولى عليه، يوقف نصيبه فإن كمل ورشد حلف واستحقّ، و إن امتنع لم يحكم له و إن مات قبل ذلک كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه.

الشَرح:

الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم».(1) وصحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ترد اليمين على المدعى».(2)

والوجه فى عدم صلاحها للتقييد كون الغالب فى المدعى بالمال صاحبه فلاتمنع عن الأخذ بالاطلاق فى الطائفه الثانيه مع أنّه لا تنافى بين الاطلاق والتقييد لكونهما من المثبتين مع انحلال الحكم.

والحاصل: أنّ مع الاطلاق لا تصل النوبه إلى الأصل العملى، أضف إلى كل ذلک صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج الوارده فى اعتراض علىّ عليه السلام على قضاء شريح فى درع طلحه(3)، مع أنّ الحلف عليه مع الشاهد الواحد لم يكن من حلف المالک بناءً على ما ذكروا من توجه اعتراضه عليه السلام إليه فى قضائه المفروض فى الروايه.

[1] ثمّ انّ الماتن قدس سره قد فرع على الأمر الثانى فروعاً:

الأوّل: ما إذا ادّعى غريم الميت يعنى الدائن عليه مالاً للميت على آخر، وكان له شاهد، فإنّه لا يحلف الدائن على ذلک المال للميت على الغير وان يصحّ له طرح الدعوى على الغير لتعلّق حقه بذلک المال مطلقاً او مع امتناع الوارث عن المخاصمه مع ذلک الآخر على ما تقدم والحلف مع الشاهد يجوز للوارث.

1- (1) المصدرنفسه: الحديث 12:196.
2- (2) المصدرنفسه :الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3:176.
3- (3) المصدر نفسه:الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6:194.

مسائل خمس: الأولى: لو قال: هذه الجاريه مملوكتى وأُم ولدى حلف مع شاهده ويثبت رقيتها[1] دون الولد لأنّه ليس مالاً ويثبت لها حكم أُم الولد بإقراره.

الشَرح:

أقول: قد تقدم الكلام فى ذلک فلا نعيد.

الثانى: مالو ادعى على الآخر أنّ المال الموجود بيده ملک الغير وانّه قد رهن عنده بالدين له عليه فانّه لا يجوز له ان يحلف على انّ المال للمديون لأنّ حلفه يكون لثبوت المال للغير.

الثالث: ما إذا ادعى جماعه أنّ المال بيد الآخر أو عهدته لمورثهم واقاموا شاهداً واحداً فانّهم يحلفون مع الشاهد ويقتسمون المال على اسهم الإرث ولو ادعوا أنّه وصيه لهم يقتسمونه بالسويه مع عدم ثبوت القرينه على التفصيل ولو امتنع بعضهم عن الحلف أخذ الحالفين أسهمهم ولايشارک الممتنع فى المأخوذ، ولو كان فى جمله الجماعه قاصر لا يحلف وليه، لأنّ حلفه للغير، بل يأخذ غيره سهمه، ويوقف الدعوى بالاضافه إليه، وينتظر بلوغه، فلو حلف بعد البلوغ أخذ ماله عن المدعى عليه، وإن مات قبل حلفه قام وارثه مقامه.

أقول: إنّ الحالف فيما أخذ العين المدعى بها كلاً أو بعضاً يشترک فيه الجميع لبطلان القسمه مع غيرالمالک مع اعتراف الحالف بأنّ المال على الاشاعه بين الجميع، وذكرنا فى المقام عدم الفرق بين الولى وغيره فى جواز الحلف، بل لا يجوز فى الفرض للولى ايقاف الدعوى بامتناعه عن الحلف لأنّه من تضييع مال المولى عليه.

[1] لو كانت بيد زيد جاريه وادعى آخر عليه أنّ الجاريه مملوكته وأنّها أم ولده واقام شاهداً وحلف أنّها أم ولده فلا ينبغى التأمل فى أنّه يثبت بهما أنّها مملوكته، وأمّا ولدها فيبقى فى يد زيد؛ لأنّ مدعى الجاريه لم يدع ملكيه الولد له، بل ادعى النسب، وهو على ما تقدم لايثبت بشاهد ويمين. نعم لا يجوزللمدعى بيع الجاريه أخذاً

الثانيه: لو ادّعى بعض الورثه أنّ الميّت وقف عليهم داراً[1] وعلى نسلهم، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم، قُضى لهم وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدعين وقفاً ولو حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً، وكان الباقيطِلقاً، يقضى منه الديون ويخرج الوصايا وما فضل ميراثاً ومايحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً.

الشَرح:

بإعترافه بأنّها أم ولد يترتب عليها حكمها من عدم جواز البيع وغيره.

والمتحصل: أنّه يبقى الولد بيد المدعى عليه، فيحكم بكونه ملكاً له، أخذاً بمقتضى يده عليه. نعم إذا انتقل ذلک الولد إلى المدعى بالارث من ذى اليد أو المصالحه أو غيرهما يحكم بكونه حراً، أخذاً على المدعى باعترافه السابق، وربّما يناقش فيما ذكر ببعض الاعتراضات، ولا ثمره مهمه للتعرض لها.

[1] لو ادعى بعض الورثه أنّ الدار الفلانيه التى كانت لمورثهم قد وقفها المورث عليهم وعلى نسلهم، كما هو مقتضى الوقف الخاص وأقاموا شاهداً واحداً، فإن حلفوا قضى بهما لهم بالوقف، فيخرج دين الميت من غيرها، كمايخرج وصاياه من غيرها من ثلث التركه الباقيه بعداداء الدين ويقسم باقى التركه على جميع الورثه على اسهم الارث، ولولم يكن له تركه غيرالدار فهو ممن لاتركه له، فلاموضوع لاخراج ديونه ووصاياه وارثه، وإذا امتنع مدعى الوقف عن الحلف مع الشاهد بأن لم يحلف من المدّعين بالوقف حتى واحد منهم تدخل الدار المزبوره فى تركه الميت فيخرج منها ديونه ويصرف من ثلثها وصاياه ويكون الباقى لجميع الورثه المدّعين بالوقف وغيرهم على اسهم الارث، غايه الأمر يؤخذ المدعون باقرارهم بأن الدارليست من الملک المطلق لهم حتى يتمكنوا على بيعها.

ولو لم يكن للميت مال آخر غير تلک الدار وحلف بعض المدعين بالوقف عليهم دون البعض الآخر كما إذا كانوا أربع اخوه وادعى اثنان منهم الوقف عليهما

ولو انقرض الممتنع، كان للبطن التى تأخذه بعده[1] الحلف مع الشاهد، ولايبطل حقّهم بامتناع الأوّل.

الشَرح:

وأقاما شاهداً واحداً وحلف احدهما وامتنع الآخر يثبت الوقف فى نصف الدار كما هو تقضى ادعائهما أن تمام الدار وقف عليهما حيث إنّ مقتضاه كون كلّ منهما مدعياً بأنّ نصف الداربنحو الإشاعه وقف عليه فيخرج دين الميت من نصفها الآخروينفذ وصاياه من ثلث الباقى من بعد اداء الدين ويجعل ثلثى الباقى من النصف ثلاثه اسهم سهمان منه لغير المدعيين وسهم للمدعى غيرالحالف نعم يؤخذ غيرالحالف باقراره بأنّ ملكه غير طلق على ما تقدم.

مثلاً يكون الدار المزبوره اثنى عشر سهماً، وبحلف احد المدعيين يثبت له سته اسهم وهى نصف الدار، وتبقى سته أسهم، وإذا صرف ثلاثه من السته الباقيه فى ديون الميت و وصاياه يبقى ثلثه اسهم، سهم واحد للممتنع عن الحلف وسهمان للآخرين.

ولكن ظاهر المصنف قدس سره كجماعه من الأصحاب أن الباقى بعد اخراج الدين و وصاياه يقسم على جميع الورثه حتى الحالف، ولايمكن المساعده عليه، فإنّ الحالف معترف بأنّه لا سهم له من الباقى، وأنّه ليس له من الدار إلاّ نصفها حيث إنّها وقف عليه وعلى اخيه والمنكرين للوقف وإن يعترفون بإرث الحالف إلاّ أنّه يقولان بأنّ سهمه أقل من النصف.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا إنقراض الممتنع عن الحلف كان للبطن الذييصيرحصه الممتنع إليه الحلف على الوقفيه، فتأخذ الحصه بتمامها، لأنّ امتناع السابق لا يوجب سقوط دعوى الوقف فى النصف الثانى من الدار.

أقول: فى المسأله فرضان:

الأوّل: أن يكون بعض الاخوه ممن لم يدع الوقفيه كان منكراً للوقفيه على

الثالثه: إذا ادّعى الوقفيه عليه وعلى أولاده، بعده وحلف مع شاهده تثبت الدعوى، ولايلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه، لأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده وكذا إذا انقرضت البطون، وصار إلى الفقراء أو المصالح، وأمّا لو ادّعى التشريک بينه وبين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين[1] لأنّ البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الشَرح:

المدعين بها وبما أنّه ثبتت دعوى الوقفيه فى نصف الدار بشاهد ويمين حلفوا على نفى الوقفيه، وفى هذا الفرض لا مجال لنقض الحكم السابق بعدم الوقفيه بالاضافه إلى نصفها الآخر، غايه الأمر من انتقلت إليه حصه الممتنع عن الحلف من نصفها لاعترافه بالوقف ايضاً يلزم باقراره به بالاضافه إلى تلک الحصه التى فرضنا أنّها الواحد من ثلاثه.

الثانى: أن يكون جريان حكم التركه على نصف الدارلا يقاف الدعوى و عدم مطالبه الممتنع عن الحلف بالحلف عن المنكرين أو أنّ البعض لم يكن منكراً للوقفيه ولامقراً بها، كما إذا قالوا لانعلم الحال، وفى هذا الفرض يمكن أن يقال بأنّ للبطن اللاحق من نسل الممتنع أن يحلف على الوقفيه ويأخذ النصف الثانى من الدار، ولكن قد يناقش فى هذا أيضاً بأنّه لامورد لحلف البطن اللاحق، لأنّ الحكم بالوقفيه فى النصف الثانى يكون من الوقف المنقطع الأوّل.

ولكن لا يخفى أنّ الشاهد واليمين تثبتان الوقفيه من الأوّل كاثبات البينه، حيث إنّ الوقف تمليكى فيأخذ البطن اللاحق النصف من الدار وماتلف من منافعها فى يد الآخرين مما كان ملكاً للممتنع عن الحلف، اللّهم إلاّ أن يقال أن امتناعه عن الحلف كان اسقاطاً لاحترام تلک المنافع فلايضمن الآخرين عليه بها.

[1] ذكر فى الجواهر أنّه إذا انقرض الحالف وصار الوقف إلى البطن اللاحق فيحتاج ثبوت الوقف على اللاحق إلى حلفه، لأنّ الوقف ثبت بالاضافه إلى الحالف الماضى والبطن اللاحق لا يتلقى الملک من السابق كما فى الإرث ليكفى فى الانتقال

الدعوى فلوادّعى ثلاثه إخوه، أنّ الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد، ثمّ صار لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أرباعاً ولا تثبت حصه هذا الولد مالم يحلف، لأنّه يتلقى الوقف، عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ويوقف له الربع، فإن كمل وحلف أخذ.

وإن امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الإخوه، لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم، وفيه إشكال ينشأ من اعتراف الإخوه بعدم استحقاق الربع ولو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأنّ الوقف صار أثلاثاً، وقد كان له الربع إلى حين الوفاه فإن بلغ وحلف اخذ الجميع وإن ردّ، كان الربع إلى حين الوفاه لورثه الميت والاخوين والثلث من حين الوفاه لأخوين وفيه أيضاً اشكال كالاوّل.

الشَرح:

إلى اللاحق ثبوت الملک للسابق بل يتلقى من الواقف فيلزم فى ثبوت الوقف بالاضافه إليه الحلف.

وفيه: أنّ الوقف وإن ينحل بالاضافه إلى الموقوف عليه المتعدد كما إذا وقف العين على زيد وعمرو ومن بعدهما على اولادهما نسلاً بعد نسل فيكون نصفها وقفاً لزيد ونصفها الآخر لعمرو، إلاّ أنّ الوقف لا ينحل إلى التعدد بالاضافه إلى البطون التاليه، ولذا يكفى فى تحقق القبض قبض البطن الموجود وعلى ذلک وكما أنّ مع البينه بالوقف تثبت الوقف التمليكى وكذلک بشاهد ويمين، وقد تقدم عدم صحه ما بنوا عليه الحكم فى امثال المقام من أنّ الحلف على ملک الغير غير صحيح، فإنّ ظاهر الروايات أنّ الحلف مع شاهد واحد يقوم مقام البينه وتثبت بها الدعاوى الماليه أو غيرها أيضاً كثبوتها بالبينه و ان الحلف يصح على العلم فيما كان مدعياً ولايه أو وكاله.

والظاهر عدم الفرق فى عدم الحاجه إلى الحلف من البطن اللاحق سواء أكان

الرابعه: لو ادّعى عبداً وذكر أنّه كان له وأعتقه[1] فأنكر المتشبث قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه وهو بعيد لأنّه لايدّعى مالاً.

الخامسه: لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً، فإن كان خطأً أو عمد الخطأ، حلف وحكم له[2] وإن كان عمداً موجباً للقصاص، لم يثبت باليمين الواحده وكانت شهاده الشاهد لوثاً، وجاز له إثبات دعواه بالقسامه.

الشَرح:

الوقف بالاضافه إلى البطن اللاحق على وجه التشريک أم بنحو الترتب وانقضاء البطن الموجود.

[1] لو كان بيد شخص عبداً فادّعى عليه آخر أنّ العبد المزبور كان له وانّه اعتقه فهو حر واقام بذلک شاهداً فهل يثبت كونه حراً بحلف المدعى مع ذلک الشاهد الواحد؟ قال الشيخ قدس سره نعم؛ لأنّ الملک السابق يثبت بشاهد ويمين فيحكم بكونه حراً أخذاً عليه بإقراره، ولكن لا يخفى ما فيه لعدم تحقق الدعوى على الغير فى الفرض ليقال بثبوتها بشاهد ويمين. ودعوى ولاء العتق مما لايثبت بشاهد ويمين، كما هو المفروض. نعم إذا كان المدعى المزبورعدلاً، وشهد معه آخر بما ذكر يثبت عند الحاكم كونه حراً غير مملوک، فيأخذه ويخلى سبيله بناءً على ترتب ولاء العتق لا يوجب ردّ شهادته.

[2] لو ادّعى أن فلاناً قتل مورثه خطأً أو بنحو شبه العمد، وأقام شاهداً واحداً وحلف على القتل تثبت الديه على العاقله فى الأول وعلى القاتل فى الثانى فإن الديه مايثبت بشاهد ويمين. بخلاف ما إذا ادعى عليه القتل عمداً واقام شاهداً، فإنّه لا يثبت القصاص بشاهد ويمين، بل وجود شاهد واحد يوجب اللوث، فيثبت القتل العمدى فى المورد بالقسامه.

....

الشَرح:

لا يقال: بناءً على ثبوت حق الناس بشاهد ويمين يثبت القصاص، فإنّه من حق الناس.

فإنّه يقال: لا يثبت القصاص بشاهد ويمين ولو كان من حق الناس، فإن ذلک مقتضى ما ورد فى ثبوت القتل بالبيّنه، ومع عدمها فى مورد اللوث على المدعى عليه بالبينه بالنفى ومع عدمها تعتبر القسامه، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلک بالاضافه إلى القتل خطأً او شبه الخطأ، فيعتبر فى ثبوت الديه على العاقله أو على القاتل القسامه، ولا يكفى مجرد شاهد ويمين. وتمام الكلام فى كتاب القصاص و الديات، ان شاء اللّه تعالى.

ص :258

خاتمه

تشتمل على فصلين

الأوّل

فى كتاب قاض إلى قاض

إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إمّا بالكتابه أو القول أو الشهاده.

أمّا الكتابه فلا عبره[1] بها لإمكان التشبيه.

الشَرح:

[1] قد يتحقق القضاء وفصل الخصومه عن قاض وينهى القاضى المزبور ويبلغه إلى قاض آخر ليحكم الآخر به ايضاً، وربّما يكون الداعى إلى ذلک عدم تجديد المخاصمه عنده، او تنفيذ الحاكم الآخر قضاءه، أو أنّه قد حكم للمدعى مع غياب المدعى عليه، وحيث إنّ الغائب على حجته ويمكن له إقامه الدعوى على المدعى عنده فيكون على علم من قضائه فى الواقعه المرفوعه إلى القضاء قبل ذلک.

والإبلاغ والإنهاء يكون على وجوه:

الأوّل: أن يكتب الحاكم الأول إلى الثانى بصوره حكمه وانّه قد حكم فى الواقعه الفلانيه للمدعى المزبور على فلان ويذكر اسمه و رسمه بكذا وكذا ولاسيّما أن يذكر مدرک قضائه من شهاده العدلين أم شهاده واحد ويمين المدعى أو غير ذلک.

الثانى: أن يذكر الحاكم الأول للثانيأنّه قد حكم فى الواقعه الفلانيّه المرفوعه إليه و يذكر خصوصياتها بكذا و كذا.

الثالث: أن يأخذ الحاكم الأول شهاده الشاهدين بقضائه ليشهدا عند الحاكم الآخر به.

وأمّا القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففى القضاء به تردّد، نص الشيخ فى الخلاف، انّه لا يقبل.

الشَرح:

أما الإبلاغ و الإنهاء بالكتابه فالمشهور على عدم اعتباره بها سواء أكان فى البين شهاده شاهدين أنّه كتابته ام لا، وسواء أكان الكتاب مختوماً بخاتمه ام لا؛ لأنّ الكتابه تحتمل التزوير وعدم القصد بما رسّمه، وفى موثقه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «أنّه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض فى حد ولا فى غيره حتى وليت بنو اميه فأجازوا بالبيّنات»(1)، ونحوها روايه طلحه بن زيد(2)، خلافاً لأبى على، فجوّزها فى حقوق الناس دون حقوق اللّه تعالى. وعن الأردبيلى موافقته مع العلم بكتابته قاصداً لمعناها.

أقول: إذا أحرز الحاكم الثانى أنّ ما وصل إليه كتابه القاضى الأوّل وأنّه قد كتبه بعد قضائه فلا فرق بينها وبين أخباره بحكمه مشافهه و ما فى الروايتين محمول على صوره عدم احراز ذلک مع ضعف الثانيه سنداً.

وأمّا اخبار الحاكم بحكمه الحاكم الثانى، كما إذا قال له قد حكمت فى الواقعه الفلانيه لفلان على فلان بكذا، فعن الشيخ قدس سره فى الخلاف بعدم الاعتبار بالخبر ولا يصلح سنداً للحكم من الحاكم الثانى و تردّد فيه الماتن قدس سره وإن قوّى القبول فيما بعد و سيأتى التعرض له.

وأمّا الحكم اعتماداً على البيّنه بالحكم من الحاكم الأول بأن يشهد عدلان بأن الحاكم الأول قد حكم بحضورهما بكذا لفلان على فلان فقد ذكر الماتن قدس سره فى جوازه وجوهاً:

الأوّل: الحاجه إلى الحكم من الحاكم الثانيأو تنفيذه يقتضى ذلک، فإن الحقوق

وأمّا الشهاده فإن شهدت البينه بالحكم، بإشهاده إيّاهما على حكمه، تعيّن القبول لأنّ ذلک ممّا تمسّ الحاجه إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعده الشَرح:

لأربابها فى البلاد المتباعده أمر غالب و استيفائها يحتاج إلى وسيله فى رفع الحكم من حاكم إلى حاكم آخر، حيث أن تنقل الشاهدين بأصل الحق فى البلاد متعسر أو متعذّر غالباً، فيكون رفع حكم الحاكم بشهادتهما إلى حاكم آخر بشهاده الشاهدين بحكمه من أتم الوسيله.

لا يقال: يمكن الحكم من الحاكم الثانى بوجه آخر، وهو شهاده الفرع على شهاده الأصل بالحق عند الحاكم الثانى ليكون انفاذه وحكمه من الحكم بالبيّنه.

فإنّه يقال: تعسّر التنقل أو تعذّره يجرى فى شاهدى الفرع أيضاً؛ لأن قبول شهاده الفرع يختص بالمرتبه الثانيه وشهاده المرتبه غير مقبوله عندهم بل شهاده الفرع بالمرتبه الثانيه ايضاً لا تكفى فى ثبوت كل الدعاوى كما يأتى.

الثانى: انّه لو لم تسمع الشهاده بالحكم بأن يتوقف الحكم من الحاكم الثانى بأصل الحق على البيّنه به عنده أو على الشهاده بالشهاده بالحق بالمرتبه الثانيه كمايعبر عنها بشهاده الفرع لبطل اقامه الحجج لذوى الحقوق مع تطاول الأزمنه، حيث يتوقف الحكم من الحاكم الثانى على قيام البيّنه عنده بالحق أو الشهاده بالشهاده به، وبتتالى الأزمنه يموت الحاكم الأول وشهود الحق أصلاً وفرعاً وتنقطع الحجه بالحق.

أقول: عدم انقطاع الحجه بالحق لا يتوقف على حكم الحاكم اللاحق بالحق ليقال أنّ حكمه به يتوقف على البينه عنده أو الإقرار أو اليمين المردوده، بل تبقى الحجه فى الأزمنه المتتاليه بحكم اللاحق بأنّ هذه الواقعه قد حكم فيها بكذا السابق عليه وان حكمه نافذ، سواء أحصل له العلم بحكم السابق بسماعه منه مشافهه أم بغيره حتى من

غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذّر او متعسّر فلابدّ من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء ولاوسيله إلاّ رفع الأحكام إلى الحكّام وأتمّ ذلک احتياطاً ما صوّرناه.

الشَرح:

خصوصيات كتابه القاضى السابق كما تقدم أم بقيام البينه عنده بالحكم من الحاكم السابق.

وبالجمله: فمقتضى ما تقدم من لزوم التصدى كفايه لإيصال حقوق الناس بعضهم إلى بعض ونفوذ القضاء وعدم جواز نقضه لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر الماتن قدس سره فى الوجه الثالث، وهو أنّه لو لم تسمع الشهاده بالحكم اتصلت المنازعه بين المتخاصمين فى خصومه واحده حيث يمكن للمدعى عليه فيها طرح الخصومه عند حاكم آخر، ووجه الظهور ان مقتضى ما تقدم تنفيذ الحاكم الآخر الحكم الصادر عن الأوّل لا الحكم فى تلک الخصومه ثانياً بثبوت الحق للمحكوم له بلا بينه عنده بالحق.

الثالث: انّ المتنازعين لو اعترفا بأنّ الحاكم قد حكم فى واقعتهما بكذا الزمهما الحاكم الثانى بالعمل على طبق حكمه، فتكون البينه بحكمه أيضاً كذلک، ومقتضى ذلک لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الأوّل.

فتحصل من جميع ما ذكرنا، أنّ إلزام الحاكم الثانى المحكوم عليه فى حكم الحاكم الأوّل بالعمل عليه مشروع بل لازم، فإنّه مقتضى نفوذ ذلک الحكم وعدم جواز ردّه والإلزام بالعمل عليه داخل فى الأمر بالمعروف، وأنّ تنفيذه من شؤون القاضى والحاكم لكونه من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض سواء أكان الحكم عنه أم عن الحاكم قبله.

بل لا تبعد مشروعيه حكمه بثبوت الحكم عن الحاكم السابق فيما إذا طلب

لا يقال: يتوصل إلى ذلک بالشهاده على شهود الأصل، لأنّا نقول قد لايساعد شهود الفرع على التنقّل والشهاده الثالثه لا تسمع ولأنّه لو لم يُشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد ولأنّ المنع من ذلک يودّى إلى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده بأن الشَرح:

المحكوم له وأحرزه الحاكم وجداناً أو بشهاده الشاهدين.

لا يقال: هذا خارج عمّا دل على نفوذ القضاء فى موارد المخاصمه، فإنّ مقتضاه القضاء فى مورد المنازعه لا فى ثبوت القضاء وعدمه.

فإنّه يقال: الغرض من القضاء انهاء الخصومه واستيفاء الحقوق، وهذا لايتم إلاّ بحكم الثانى بثبوت الحكم عن الحاكم السابق وإلاّ لاستمرت المنازعه، نعم القضاء بثبوت الحق للمحكوم له فى تلک الواقعه اعتماداً على الحكم من الحاكم السابق لم تعلم مشروعيته، فضلاً عن نفوذه، فإنّه من القضاء بلا بيّنه ولاعلم منه.

ثمّ إنّ ظاهرالمصنّف قدس سره أنّه يعتبر فى حكم الحاكم الثانى بنفوذ الحكم الأوّل حضورشاهدى الحكم المخاصمه المرفوعه إلى الحاكم الأوّل وسماعهما الحكم باشهاده على حكمه، ولو كان حضورهما فى تلک الواقعه اتفاقياً، ولم يطلب منهماتحمل الشهاده فلا يعتبر شهادتهما. ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لايعتبر فى سماع البينه إلاّ الاخباربالواقعه المشهود بها عن حسّ، و عليه فلو لم يحضر إلاّ انشاء نفس الحكم الصادرمن القاضى السابق بعد أن يستمعا المرافعه بين المتخاصمين سمع شهادتهما بالحكم.

بقى فى المقام أُمور:

منها: أنّه قد تقدم أنّه على الحاكم الثانى الحكم التنفيذى وانفاذ الحكم من الحاكم السابق مع ثبوت ذلک الحكم عنده بوجه معتبر، فإنّه مع ثبوته كذلک يكون الزام المتخاصمين بالعمل به داخلاً فى الأمر بالمعروف والمنع عن المنكر يعنى ردّ قضاء

....

الشَرح:

الحاكم الأوّل كما أنّ عليه الحكم التنفيذى لئلاّ تستمر المنازعه، أضف إلى ذلک: أنّ إنفاذ القضاء الصحيح من الحاكم من شؤون القضاء.

وأمّا إذا لم يثبت الحكم السابق بأن شهد الشاهدان أنّ حق زيد على عمرو بكذا كان ثابتاً عند الحاكم الفلانى، أو أنّ الحاكم الأوّل ذكر لهما هذا الحق اخباراً فلامورد للحكم التنفيذى من الحاكم الثانى ولا للتنفيذ لعدم احرازالحكم من الأوّل، ومجرد ثبوت حق لزيد على عمرو لايلازم ثبوته عند الحاكم الآخر ، بل يعتبر فى الحكم من الحاكم الآخر إقامه المدعى البينه بحقه أو إقرار خصمه أو اليمين المردوده على ما مرّ، بل لا يشرع القضاء فى الواقعه ثانياً بعد القضاء النافذ سابقاً.

ومنها: أنّه لو تغيّر حال الحاكم الأوّل بعدحكمه بموت أو عزل لم يقدح ذلک فى انفاذ الحاكم الآخر حكمه بخلاف ما لو تغير حاله بفسق، فإنّه لو سبق الإنفاذ على الفسق فهو وإلاّ فلاينفذ بل يتعين تجديد المرافعه عند الحاكم الثانى، وذكروا فى وجه الفرق انّ فسقه يكشف عن سوء حاله حال قضائه بخلاف الموت والعزل ونحوهما وفى الفرق ما لا يخفى.

وهذا بالاضافه إلى تغيّر حال الحاكم الأوّل، وأمّا تغيّر حال الحاكم الثانى فلايقدح فى الحكم من الحاكم السابق، وكلّما ثبت الحكم السابق عند حاكم آخر يترتب عليه جواز الانفاذ أو وجوبه.

ومنها: انّ قضاء التنفيذ يختص بما إذا كان الحكم للحاكم الأوّل فى حقوق الناس، فلا يشرع ذلک فى الحدود ونحوها من حقوق اللّه سبحانه، وذكر فى الجواهر بلاخلاف ، بل حكى غير واحد الاجماع عليه وهو الحجّه، لا ما قيل من درء الحدود بالشبهه فإنّه لا تكون شبهه بعد قيام البينه.

يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر فإن لم ينفذ الثانى ما حكم به الأوّل اتصلت المنازعه. ولأنّ الغريمين لو تصادقا إن حاكماً حكم عليهما، الزمهما الحاكم ما حكم الأوّل فكذا ما لو قامت البيّنه لأنّها تثبت ما لو اقرّ الغريم به لزم.

لايقال: فتوى الأصحاب أنّه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به، و روايه طلحه بن زيد والسكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : أنّ علياً عليه السلام كان لايجيز كتاب قاض إلى قاض لا فى حدّ ولا فى غيره، حتّى وليت بنواميّه فأجازوا بالبيّنات.

الشَرح:

أقول: ما تقدم أنّ الالتزام بالقضاء التنفيذى لقطع المنازعه وعدم استمرارها فى طول الزمان، وهذا لا يجرى فى الحدود بل ذكرنا سابقاً أنّه لا مورد للقضاء فى الحدود، حيث إنّ موجب الحد مع احرازه بما هو معتبر فيه بترتب عليه اجراء الحد وإلاّ فلا، وعلى ذلک فإن كان الحاكم الآخر وكيلاً فى اجراء الحد من الحاكم الذيثبت عنده موجبه، وإلاّ فاستيفاء الحد اعتماداً على ثبوت الموضوع عند حاكم آخر لا دليل عليه.

منها: ما ذكر من صوره الانهاء أن يخبر الشاهدان بما شهداه من الواقعه وما سمعا من الحاكم ويقولان أشهدنا الحاكم الفلانى، ولو أحالا الحاكم الثانى على الكتابه وبعد قراءته الحاكم الثانى الكتاب لهما قالا اشهدنا الحاكم الفلانى بأنّه قد ذكر ما فى الكتاب كفى فى الإنهاء.

أقول: قد تقدم صدق الشهاده بحكم الحاكم الأوّل فيما إذا لم يشهدا المرافعه قبل الحكم، ولا الحكم، بل إذا استمعا للمرافعه والحكم جاز شهادتهما.

لأنّا نجيبب عن الأوّل بمنع دعوى الإجماع، على خلاف موضع النزاع، لأنّ المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته ونحن نقول فلا عبره عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً و إلى جواز ما ذكرنا أو مأ الشيخ أبو جعفر رحمه الله فى الخلاف.

ونجيب عن الروايه بالطعن فى سندها فإنّ طلحه بتريٌ والسكونى عامى ومع تسليمها نقول بموجبها فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى.

إذا عرفت هذا، فالعمل بذلک مقصور على حقوق الناس دون الحدود وغيرها من حقوق اللّه.

ثمّ ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين والثانى إثبات دعوى مدّعٍ على غائب.

أمّا الأوّل :فإن حضر شاهداً لإنهاء خصومه الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم واشهدهما على حكمه، ثمّ شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلک الحاكم، وانفذ ما ثبت عنده، لا أنّه يحكم بصحه الحكم فى نفس الأمر إذا لا علم له بذلک بل الفائده فيه قطع خصومه الخصمين لو عادوا المنازعه فى تلک الواقعه وإن لم يحضرا الخصومه فحكى لهما الواقعه، وصوره الحكم، وسمّى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما واشهدهما على الحكم ففيه تردّد والقبول أولى لأنّ حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً.

وأمّا الثانى وهو إثبات دعوى المدّعى، فإن حضر الشاهدان الدعوى وإقامه الشهاده والحكم بماشهدا به، وأشهدهما على نفسه بالحكم، وشهدا بذلک عند الآخر قُبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعه وأشهدهما بما صورته: ادّعى على فلان بن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما فحكمت أو أمضيت ففى الحكم به تردّد، مع أنّ القبول ارجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى

وشهاده الشهود، أمّا لو اخبر حاكما آخر، بأنّه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثانى وليس كذلک لو قال حكمت، فإنّ فيه تردّداً.

وصوره الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهداه من الواقعه، وماسمعاه من لفظ الحاكم، ويقولا: وأشهدنا على نفسه أنّه حكم بذلک وأمضاه، ولو احالا على الكتاب بعد قراءته وقالا أشهدنا الحاكم فلان على نفسه انّه حكم بذلک جاز.

ولابدّ من ضبط الشىء المشهود به بما يرفع الجهاله عنه ولو اشتبه على الثانى، أوقف الحكم حتى يوضحه المدّعى ولو تغيّرت حال الأوّل بموت أو عزل، لم يقدح ذلک فى العمل بحكمه، وإن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه، ويقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه ولا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كلّ من قامت عنده البيّنه بأن الأوّل حكم به وأشهدهم به، عمل بها إذا للازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام.

مسائل ثلاث:

الاولى: إذا أقرّ المحكوم عليه انّه هو المشهود عليه، أُلزم[1] ولو أنكر، وكانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق عليه غالباً فالقول قوله مع يمينه ما لم يُقم المدعى البيّنه وإن كان الوصف مما يتعذر اتفاقه إلاّ نادراً، لم يلتفت إلى انكاره لأنّه خلاف الظاهر.

ولو ادعى أنّ فى البلد مساوياً له فى الاسم والنسب كُلّف ابانته فيإثباته فإن كان المساويحيّاً سُئل فإن اعترف أنّه الغريم أُلزم واطلق الأوّل وإن أنكر، وقف الحكم حتّى يتبيّن، وإن كان المساويميّتاً، وهناک دلاله تشهد بالبرائه، إمّا لأنّ الغريم لم يعاصر وإمّا لأنّ تاريخ الحق متأخر عن موته أُلزم الأول، وإن احتمل، وقف الحكم حتّى يتبيّن.

الشَرح:

[1] لو شهد شاهدا الحكم بأنّ الحاكم قد أجرى الحكم على هذا المعين خارجاً فلا اشكال، أمّا إذا شهدا أنّه أجرى الحكم على العنوان بأن قالا انّه حكم بالألف على أحمد بن محمد بن جعفر فإن اعترف الشخص بأنّه المحكوم عليه أُلزم بالحق عملاً باعترافه.

....

الشَرح:

أمّا إذا أنكر المحكوم عليه ولم تكن شهاده الشاهدين بالحكم على عينه، كما هو الفرض، وكان العنوان ممّا يحتمل عاده اتفاق غير واحد فيه فلاينبغى التأمّل فيأنّ القول المنكر مع يمينه ما لم يقم المدعى بيّنه بأنّه المراد من العنوان أو أحرز ذلک الحاكم الثانى من طريق آخر، وإذا اعترف بأنّه المراد من العنوان المذكور فى الحكم ولكن لم يعترف بالحق عليه فقد قيل لم يلزم؛ لأنّ القضاء على عنوان يغلب فيه الاشتراک قضاء مبهم محكوم بالفساد فلايلزم المعترف بأنّه المراد من العنوان ما لم يعترف بالحق عليه ليؤخذ بإقراره بالحق عليه ولعل هذا خلاف ظاهر اطلاق الماتن قدس سره وصريح الدروس، كما هو الأظهر، فإنّ الحكم المزبور نافذ مع اعتراف الشخص بأنّه المراد من العنوان أو ثبوت ذلک بطريق آخر لصدق القضاء والحكم عليه وإنكاره الحق بعد اعترافه بالقضاء عليه بذلک الحق لا يفيد له شيئاً.

أمّا إذا لم يكن العنوان المذكور على المحكوم عليه ممّا يتفق غيره إلاّ نادراً لم يلتفت إلى انكاره ويلزم بالحق الذى قضى به عليه الحاكم الأوّل أخذاً بظاهر العنوان، و هل يحتاج فى الزامه بالحق إلى حلف المدعى على أنّه المحكوم عليه دون غيره أو لايحتاج إليه الأوفق بقاعده اليمين على المنكر مع عدم البينه للمدعى هوالحلف؛ لأنّ من له الحق لموافقه قوله الظاهر يكون منكراً بالاضافه إلى دعوى الغريم بأنّ المراد بالعنوان ليس هو بل غيره، اللّهم إلاّ أن يقال بانصراف ما دل على تلک القاعده عن مثل هذا المورد من الخلاف، وأنّه كمايؤخذ بظاهر كلام القاضى فى غير ناحيه المدعى عليه كذلک يؤخذ به فى ناحيه المدعى عليه.

نعم إذا كان العنوان المحكوم عليه ممّا لا يقع فيه الاشتراک إلاّ نادراً، وادعى المعنون بذلک العنوان مع عدم اعترافه بالحق عليه ولا بكونه هو المراد فى حكم

الثانيه: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض [1] ولولم يكن عليه الشَرح:

الحاكم أنّ فى البلد شخصاً آخر معنون بذلک العنوان أيضاً فقد ذكر الماتن قدس سره انّه يكلّف أن يعنين ذلک الشخص المساوى له فى العنوان فإن عيّنه واعترف ذلک المساوى بأنّه المراد من العنوان فى حكم الحاكم الأوّل أُلزم بالحق وأطلق الاوّل وإن أنكر انه المراد من العنوان المحكوم عليه يوقف فى الحكم الصادر عن الأوّل حتى يتعيّن المحكوم عليه.

وقد ناقش فى الجواهر فى كلا الفرضين، أمّا فى الأوّل فلأنّ المحكوم له ادعى الحق على الأوّل، فمع عدم سقوط هذه الدعوى كيف يطلق من قبل الحاكم الثانى. وفى الثانى بأنّه كيف يوقف الحكم مع كون الدعوى على المعنونين بالعنوان، كما إذا كان المدعى وارث صاحب الحق وقلنا بجوازهذه الدعوى وعدم جواز ردّ الحلف فيه على المدعى، فإنّه فى الفرض إن حلفا على النفى فهو وإلاّ الزما بالحق.

أقول: يمكن أن تكون المرافعه عند الحاكم الأوّل من صاحب الحق وغريمه، وقد ذكر الحاكم الأوّل عندشاهدى الحكم عنوانه، ثمّ إنّ وارث صاحب الحق رفع الواقعه إلى الحاكم الثانى طلباً لا نفاذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل و لظهور العنوان فيمن عيّنه احضره عند الحاكم الثانى، و اذا ذكر الحاضر للحاكم الثانى إنّ فى البلد من هو مساو لهذا العنوان وأحضره الحاكم واعترف بأنّه هو المراد من المحكوم عليه فى قضاء الحاكم الأوّل يطلق الحاكم الأول ويلزم الثانى لاعترافه بالقضاء عليه، ولولم يعترف الثانى بالقضاء عليه يتعيّن إيقاف دعوى الوارث لمايأتى انّ من شرط سماع الدعوى تعيين المدعى عليه بلا فرق بين دعوى الوارث أو غيره.

وما ذكر الماتن قدس سره من تكليف الحاضر الأوّل المنكر للقضاء عليه بابانه المساوى، فوجوبها عليه شرطى لغرض اسقاط الدعوى عليه أو إبطالها.

[1] قيل: إنّ المشهود عليه فى عين أو دين له الامتناع عن تسليم تلک العين أو الوفاء بالدين، حتى يتمّ الإشهاد بالقبض، فإنّ وجوب التسليم قبل الإشهاد ضرر عليه

بالحق شاهد، قيل لايلزم الإشهاد ولو قيل يلزم، كان حسناً، حسماً لماده المنازعه أوكراهيةً لتوجه اليمين.

الثالثه: لا يجب على المدعى دفع الحجّه مع الوفاء لأنّها حجه له[1] لو خرج المقبوض مستحقّاً، وكذا القول فى البائع إذا التمس المشترى كتاب الأصل لأنّه حجّه له على البائع الأوّل بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً.

الشَرح:

وإذا كان المشهود به عيناً، فهل يضمن تلک العين زمان جوازالامتناع عن التسليم؟ فيه وجهان.

أقول: فى الامساک حتى يتم الاشهاد فيه أيضاً ضرر على المالک، وقد يقال إنّ جواز الامتناع فيما كان عليه بالحق شاهد وأمّا إذا لم يكن فلا ملزم لإلزام القابض بالإشهاد؛ لأنّ المشهود عليه يمكنه انكار أصل الحق فيما لو عاد القابض إلى الدعوى عليه.

وذكر الماتن قدس سره : انّ القول بجواز الزام القابض بالاشهاد مطلقاً حسن؛ حسماً لماده المنازعه وكراهه توجه اليمين.

أقول: كراهيه توجه اليمين لا يوجب ردع اليد عمّا دلّ على عدم جواز التأخير فى اداء الدين مع التمكن عليه أو وجوب ردّ المال على صاحبه مع عدم رضاه بالامساک، وحسم ماده المنازعه لايكون أيضاً موجباً لذلک، خصوصاً مع امكان عود المنازعه بموت شاهد القبض.

نعم، لا يبعد أن يقال: إنّ فى الموارد التى يمكن أن يكون القبض فيها فى معرض الإنكار، ومعه يخسر دافع العين والدين يكون الواجب الرد أو الاداء المتعارف كان بالإشهاد أو غيره.

[1] لايجب على الدائن الحجه للدين إلى المديون مع وفائه الدين، لأنّ الحجه

....

الشَرح:

ملک الدائن «والناس مسلّطون على أموالهم»، وربّمايظهر أنّ ما دفع إلى الدائن وفاءً ملکاً للغير، فيؤخذ من الدائن، فيفيد الدائن الحجه المزبوره.

وكذلک الحال فيما إذا اشترى المتاع من بايعه، وأخذ من البائع كتاب البيع، ثم باع المشترى المتاع من آخر فطالب المشترى الثانى بايعه أى المشترى الأوّل بدفع كتاب الأصل فلايجب عليه الدفع؛ لأنّ الكتاب ملكه ويفيده لو ظهر المتاع مستحقاً للغير، حيث يأخذ به البائع الأوّل بالثمن المدفوع إليه. نعم لو طالب المدين الدائن باعطاء الحجه لقبضه الدين عليه والمشترى الثانى كتاب البيع الثانى وكان اشتراط دفعهما أمراً ارتكازياً فى الدين والبيع أو غيرهما من المعاملات لزم العمل به.

ص :271

ص :272

الفصل الثانى

فى لواحق من أحكام القسمه

والنظر فى القاسم، والمقسوم، والكيفيه، واللواحق.

أمّا الأوّل:

فيستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان لعلى عليه السلام ويشترط فيه البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعداله، والمعرفه بالحساب،[1] ولا يشترط الحريه، ولو تراضى الخصمان بقاسم، لم تشترط العداله، وفى التراضى بقسمه الكافر نظر أقربه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

الشَرح:

[1] يقع الكلام فى لواحق مباحث القضاء من القسمه وأحكامها، والوجه فى لحوقها بمباحث القضاء مايقال بمناسبه القضاء القسمه، حيث إنّ الحاكم لا يستغنى عن القسام لمايتفق عليه فى موارد المخاصمه قسمه المال المشترک. وعلى كلّ يقع الكلام فى هذا الفصل من كتاب القضاء فى القاسم والأُمور المعتبره فيه والمال الذى تتعلق به القسمه المعبّر عنه بالمقسوم وكيفيه القسمه و فى بعض لواحقها، أى بعض الأُمور التى قد تقع بعد القسمه.

وقد تكلّم أكثرالأصحاب فى القسمه فيأواخر مباحث الشركه وعرّفوها بأنّها تمييز حق الشركاء والأولى تعريفها بأنّها تعيين حصه الشركاء فى بعض المال المشترک خارجاً، والوجه فى الأوليه ظهور التمييز فى أنّ للحق واقعاً معيّناً يتميّز

....

الشَرح:

بالقسمه، مع أنّه لا يكون فى موارد الشركه بنحو الإشاعه واقع معيّن.

ثمّ إنّ القسمه عقد مفاده تعيين الحصص فى البعض المعيّن من المال المشترک، وانّ المنشأ ابتداءً هذا التعيين، ولا تدخل فى البيع، بأن يقال كما هو المنسوب إلى بعض أنّ القسمه مبادله حصه الآخرين فى بعض المال المشترک بحصّته فى البعض الآخر من ذلک المال، ويلزم على ذلک أن يترتب على القسمه مايترتب على البيع والمعاوضه من ثبوت خيار المجلس وحرمه الربا فيما كان العوضان من جنس واحدمكيلاً أو موزوناً بخلاف ما ذكرنا من أنّها فى حقيقتها تعيين الحصص فى الأبعاض الخارجيه من المال المشترک.

نعم التعاوض لازم القسمه لا أنّ مفادها المعاوضه، ويكفى فى مشروعيّه القسمه ولزومها بعد ما عليها سيره العقلاء وبنائهم فى المال المشترک قوله عزّ من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(1)، حيث إنّ المراد بالعقد العهد والالتزام ولو بنحو المشدود.

كمايدل على مشروعيتها ولو فى الجمله قوله سبحانه: «وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى»(2) لو لم نقل بدلالته على المشروعيه فى كلّ مال مشترک.

نعم قوله سبحانه:«وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ»(3) غايه دلالته على قبول الماء بنحو من القسمه، كما أنّ مثل النبوى الوارد فى الشفعه فإذا وقعت أو حددت الحدود وعرفت الطرق فلاشفعه مقتضاه مشروعيتها فى الأراضى المشتركه.

وذكر الماتن قدس سره أنّ الإمام يستحب له أن ينصب قاسماً، كما كان القاسم لعلى عليه السلام وقيل إنّ اسمه عبداللّه بن يحيى وانّ الظاهر هو الحضرمى الذى قال له عليه السلام يوم

1- (1) المائده:1.
2- (2) النساء: 8 .

3- (3) القمر: 28.

....

الشَرح:

الجمل: «فإنّک وأباک من شرطه الخميس وابشر بالجنّه».

ويقال فی وجه استحبابه أنّ نصبه من مصالح المسلمين، ولذا يعطی الأُجره من بيت المال المصروفه علی مصالحهم، وأنّه يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعداله ومعرفه الحساب واعتبارمعرفته بالحساب ظاهر، لأنّ القسمه تتوقف علی تعديل السهام واعتبار عدالته لأن ّنصبه قساماً من اعطاء الولايه ولزوم قبول قوله والفاسق لا يستحقها لا يقبل قوله، والحريه غير معتبره فی اعطائها، نعم يعتبر اذن مولاه ورضاه بتصدّيه لها.

أقول: كون نصب القسام من اعطاء الولايه بأن تكون القاسميه للأموال المشتركه من المناصب لا من قبيل التوكيل أو الاستيجار غيرظاهر، وكون القاسم لعلی عليه السلام لم يثبت أنّه كان بنحو نصب القاضی ولولم يكن بنحو التوكيل أو الاستيجار، ولو شک فی كونهما منصباً فالأصل عدمه.

والحاصل: يجوز للحاكم استيجار شخص أو توكيله لقسمه المال المشترک فيما إذا طلبوها من الحاكم أو أمر بها الحاكم، كما فی صوره امتناع بعض الشركاء عن القسمه، ولذا يجوز للشركاء توكيل غير ذلک القاسم فی القسمه، لأنّ الولايه فی القسمه لشركاء، فإنّهم ملاک المال المشترک والقسمه تصرّف فی المال المشترک نعم إذا امتنع بعض الشركاء عن القسمه أجبره الحاكم عليها ولو لم يمتثل يتصدی بقسمته ولو بالتوكيل لولايته علی الممتنع.

ولاتعتبر العداله فی الوكيل، كما لا يعتبر فيه الايمان والإسلام، والتوكيل فی المقام لا يزيد عليه فی سائر المقامات، نعم توكيل الحاكم شخصاً ينبغیأن يكون بتلک الصفات تحفظاً علی كرامه المقام. وعلی ذلک فيمكن للشركاء ايكال أمر القسمه إلی

والمنصوب من قبل الإمام، تمضى قسمته بنفس القرعه[1] ولايشترط رضاهما بعدها وفى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه، وفى هذا اشكال، من حيث إنّ القرعه وسيله إلى تعيين الحقّ، وقد قارنها الرضا.

الشَرح:

غير بالغ ولا يقدح فى ذلک عدم صحه عقد الصبى، لأنّ قسمه الصبى بِاذن الشركاء وأمره بها تدخل فى عقد الشركاء فيعمّها قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

[1]ذكر جماعه من الأصحاب كالماتن قدس سره أنّه إذا كانت القسمه من قاسم نصبه الإمام تمضى قسمته بنفس القرعه التيأجراها القاسم فلا يجوز للشركاء الامتناع عن القسمه الحاصله بها، بخلاف ما إذا كانت القسمه بقرعه الوكيل عن الشركاء أو بفعل الشركاء، فإنّه يعتبر رضاهم بالقسمه بعد القرعه وناقش الماتن قدس سره فى هذه التفرقه بأنّ رضا الشركاء بالقسمه حال القرعه يوجب تحقق القسمه والقرعه التى وسيله إلى تعيين سهامهم أجريت برضاهم.

وقد يقال فى وجه التفرقه، بأنّ قرعه المنصوب من قبل الإمام بمنزله حكمه فتكون نافذه بخلاف القرعه من غيره، فإنّ مقتضى الأصل بقاء الشركه فى المال إلى أن يحصل اليقين بارتفاعها، وهو يحصل برضا هم بالقسمه حتى بعد القرعه.

أقول: قد تقدم أنّ القسمه من العقود عند العقلاء، فمع تحققها بالقرعه برضاء الشركاء التى من قبل انشاء المعامله بالفعل يحكم بنفوذها، أخذاً بالعموم فى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(1)، يعنى العهود، ولا تصل النوبه إلى الأصل العملى. ومع قطع النظر عن ذلک فلا تكون قرعه القاسم المنصوب من قبل الإمام إلاّ كالقرعه من الوكيل للشركاء، فإن كان فعل الوكيل بعد تحققه لازماً لزمت القسمه فى كلا الفرضين، وإلاّ فلا، وما دلّ على نفوذ القضاء وعدم جواز نقضه لايعم القسمه، فإنّ القسمه هى التى يجبر

1- (1) المائده :1.

ویجزی القاسم الواحد، إذا لم یکن فی القسمه ردّ[1]، ولابدّ من اثنین فی قسمه الرد لأنّها تتضمن تقویماً، فلا ینفرد به الواحد ویسقط اعتبار الثانی مع رضا الشریک

الشَرح:

الحاکم الممتنع من الشرکاء علیها.

ثمّ إنّ مقتضی عموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نفوذ القسمه بالتراضی القولی من الشرکاء فی تعیین حصصهم من غیر قرعه والالتزام باعتبار القرعه فی حصول القسمه بلاموجب، سواء أُرید من الاشتراط الشرط الخارجی أم ما ذکر کصاحب الجواهر من کونها شرطاً داخلیاً للقسمه، بحیث لا یصدق عنوان القسمه بدونها، ولکن شیء من الأمرین غیر ثابت، بل الأظهر عدم اعتبارها فی القسمه، ولم یرد فی شی ء من اخبارالقرعه أنّها معینه فی قسمه المال المشترک.

بل قیل فی الأخبار ما یکون ظاهراً فی حصول القسمه بدونها، کالتی وردت فی قسمه الدین المشترک کموثقه غیاث عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام : «عن رجلین بینهما مال بأیدیهما ومنه غائب فاقتسما الذی بأیدیهما وأحال کل واحد منهما نصیبه فاقتضی أحدهما ولم یقتض الآخر» الحدیث، ولکن فی ظهورها فی قسمه ما بأیدیهما بالقرعه أو بلا قرعه تأمّل، بل منع، حیث إنّها وارده فی السؤال عن حکم آخروهو قسمه مال الغائب یعنی الدین کما لایخفی.

[1] ذکر الماتن قدس سره کجماعه أنّه لا یعتبر فی القاسم التعدّد إلاّ فی قسمه الردّ، وعلّل اعتبار التعدد فی قسمه الرد بأنّها تتضمّن التقویم ویعتبر فی المقوم الداخل قوله فی الشهاده التعدّد وأردفه بقوله ولو رضی الشریکان بتقسیم واحد کفی، ولایحتاج إلی ضم الآخر حیث إنّ الحق لهما.

أقول: قد ذکرنا فی بحث ارش العیب من الخیارات أنّ الرجوع إلی المقوم فیما کان الرجوع إلیه من الرجوع إلی أهل الخبره لا یعتبر فیه التعدد، لاعتبار قول أهل

....

الشَرح:

الخبره مع عدم المعارضه بمثله، وهذا ممّاجرت عليه سيره العقلاء، فيكون قوله نظيراعتبارخبر الثقه فى الأحكام، حيث إنّ مع السيره على اعتباره علماً لا بعمّه مثل قوله سبحانه: «وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»(1) ومع السيره أيضاً على اعتبار قول أهل الخبره فى الموضوعات لايمنعها ما فى روايه مصدق بن صدقه: «الأشياء كلّها على ذلک إلاّ أن يستبين غيرهذا أو تقوم به البينه» كما أنّها لا تمنع عن اعتبارقول ذى اليد وغيره ممّايلتزم باعتباره فى الموضوعات.

وعلى ذلک ينحصر اعتبارالتعدد فى القاسم على موارد دخول التقويم فى الشهاده، كما إذا لم يكن تعيين المال من أى جنس أو ماليته بأى مقدارمحتاجاً إلى الحدس من أهله.

وثانياً: إنّ القسمه لا تتضمن التقويم، بل تتوقف عليه فى غير قسمه الافراز، فلا يعتبر التعدّد فى القاسم، بل يعتبر فى المقوّم، ولوقوّم المال اثنان وقسّمه واحد حصلت القسمه.

وثالثاً: انّ القسمه تضمّنها أو توقفها على التقوم لا ينحصر على قسمه الردّ، بل تعمّ قسمه التعديل أيضاً، فلا وجه لتخصيص التضمن بقسمه الردّ إلاّ أن يراد بها ما تعمّ قسمه التعديل بأن كان المراد غير قسمه الإفراز ولكن هذا الاطلاق غير معروف.

وبالجمله قد تقدم سابقاً أنّ ايكال القسمه إلى شخص الاذن له فى انشاء القسمه كان المأذون أو الأجير واحداً أو متعدداً.

1- (1) الاسراء:36.

وأجره القسّام من بيت المال[1] فإن لم يكن إمام، أو كان ولا سعه فى بيت المال، كانت أجرته على المتقاسمين.

الشَرح:

[1] إذا طلب الشركاء القسمه من الحاكم فلا يبعد أن يقال بان ضمان أُجره القاسم عليهم إلاّ أن يرى الحاكم فى اعطائها من بيت المال صلاحاً، كما فى موارد الاجبار على القسمه بعضاً أو كلاً، وقد قيد بعضهم كون الأُجره من بيت المال بما إذا لم يكن القاسم ممّن يرتزق من بيت المال، وإلاّ فلايستحق أُجره على عمله مع أمر الحاكم بالقسمه ولعلّه لظهور أمره فى طلبها مجاناً.

وما قيل فى الفرق بين الارتزاق من بيت المال وأخذ الأُجره على العمل منها من أنّ أخذ الأُجره تكون فى موارد اختصاص منفعه عمل العامل بالغير، كما فى المقام بخلاف الارتزاق، فإنّ منفعه عمله لا تختص بالغير بل يعمّ نفسه أيضاً كالمؤذّن حيث ينتفع هو وغيره من اذانه لا يخفى ما فيه، فإنّه يجرى الارتزاق من بيت المال فيما إذا كان المنتفع بعمله غيره، ولكن الشارع شرع العمل مجاناً كالتصدى لتغسيل الموتى ودفنهم، بل كالمتصدى للقضاء على ما تقدم.

ثم إنّه إذا استأجره الشركاء على القسمه بإجاره واحده أو أمروه بالقسمه ولو بأن استأجره واحد من الشركاء عن نفسه اصاله وعن سائرالشركاء وكاله أو أمره بالقسمه كذلک فلا ينبغى التأمّل فيأن الأُجره على جميع الشركاء بحسب سهامهم، إلاّ مع بنائهم كون الأُجره على الرؤوس لا بحسب السهام، حيث إنّ مع عدم بنائهم كذلک ظاهر أمر المتعدد واحداً بالقسمه هو ضمان الأُجره بحسب السهام، ولعلّ وجه الظهور انّ العمل لصاحب السهم الزائد أكثر وأنّه لو كانت القسمه على الرؤوس فربّما لا يبقى على بعض الشركاء من المال المشترک شىء، كما إذا كانت السهام كثيره مختلفه بالزياده

فإن استأجره كلّ واحد بأجره معيّنه فلابحث وإن استأجروه فى عقد واحد، ولم يعيّنوا نصيب كلّ واحد من الاجره، لزمهم الأُجره بالحصص وكذا لو لم يقدّروا أجره، كان له أُجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه.

الشَرح:

والنقيصه باختلاف فاحش، بحيث يذهب السهم الأدنى باجره القسمه على تقدير كونها على الرؤوس.

نعم إذا استأجره أحد الشريكين على تعيين حصته من حصه صاحبه يستشكل فى جواز أن يؤجر نفسه ثانياً على تعيين حصه الآخر، حيث إنّ العمل بالاجاره الأوليه الواجبه عليه على الفرض يتوقف على تعيين حصه الشريک الآخر فلا يجوز له أخذ الأُجره عليه، فإنّه من أخذ الأُجره على الواجب، ويجرى هذا الاشكال فيما إذا كان المال مشتركاً بين ثلاثه، فإنّه إذا استأجره اثنان منهم على تعيين حصتهما فلا يجوز له الايجار من ثالث.

أقول: لايبعد أن يلتزم ببطلان الاجاره الثانيه لا لأنّ الواجب لا يجوز أخذ الأُجره عليه، فإنّه قد ذكرنا فى بحث أخذ الأجره على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل ما لم يكن ايجابه عليه بنحو المجانيه لا يمنع عن أخذ الأُجره عليه، أضف إلى ذلک أنّ تعيين حصه المستأجر يلازم تعيين حصه الآخر، لا أن تعيين حصه الآخر مقدّمه للعمل المستأجر عليه.

بل لأنّ أخذ الأجره على تعيين الحصه للشريک الآخر بعد الاستئجار على تعيين حصه الشريک الأوّل من أكل المال بالباطل عرفاً، حيث إنّ الإتيان بالعمل المستأجر عليه يلازم ذلک التعيين.

الثانى فى المقسوم:

هو امّا متساوى الأجزاء، كذوات الأمثال مثل الحبوب والادهان أو متفاوتها كالأشجار والعقار.

فالأوّل: يجبر الممتنع[1] مع مطالبه الشريک بالقسمه، لأنّ الإنسان له ولايه الانتفاع الشَرح:

[1] إذا كان المال المشترک متساوى الأجزاء بأن كان مثلياً فيجبر الممتنع عن القسمه عليها عند مطالبه سائر الشركاء القسمه بلاخلاف، بل عليه الاتفاق، وأضاف فى الجواهر إلى ذكر الاتفاق قاعده وجوب ايصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر فى الإيصال، كما هو الفرض فى قسمه الاجبار المفروض فى المقام، وذكر الماتن قدس سره بأنّ الانسان له ولايه الانتفاع بماله والانفراد به أكمل نفعاً.

أقول: أمّا دعوى الإجماع فعلى تقديره مدركى، ولا أقل من احتمال كون المدرک له ما ذكر فى قاعدتين وغيرهما.

وأمّا القاعدتان فشىء منهما غير تام؛ لأنّ حق الشريک هوالحصه من المال بنحو الإشاعه، لا بنحو المعين، وصيرورتها معيناً يتوقف على القسمه، والقسمه نوع عقد مشروع من الشركاء يكون بالتراضى، ويحكم بالبطلان مع الإكراه عليهم أو على بعضهم، كما هو مقتضى رفع الاكراه فى سائر العقود والمعاملات.

و أمّا دعوى جواز الاجبار عليه لكون الانفراد أكمل نفعاً فهى تشبيه دعوى جواز الاجبار على البيع فيما كان الثمن أكمل نفعاً للبائع، والعمده فى المقام جريان السيره العقلائيه على أنّ لكلٍ من الشركاء حق افراز ماله عن الآخرين ولو مع الاجبار فيما لم يكن ضررٌ فى القسمه على سائر الشركاء. والضرر كما يأتى نقص ماليه الحصه مع خروجها عن الاشاعه إلى التعيين و كذلک فيما كان الشىء غير قابل للقسمه الخارجيه فإنّها جاريه على قسمه ماليته ولو بالبيع وتقسيم ثمنه إذا لم يقدم أحد الشريكين على

بماله، والانفراد أُكمل نفعاً، ويقسم كيلاً و وزناً متساوياً أو متفاضلاً ربوياً كان أو غيره لأنّ القسمه تمييز حقّ لا بيع[1].

الشَرح:

شراء حصه صاحبه، وفى صوره الضرر ولو لبعض الشركاء السيره غيرمحرزه، واحتمال جواز الاجبار مدفوع بما تقدم من اعتبار التراضى فى العقد وعدم امضائه مع الاكراه عليه.

وذكر فى الجواهر فى المقام أنّه لا فرق فى المال المشترک المزبور كونه مثلياً بين الجامد والمائع، وفى المائع بين كونه ممّا مسّته النار للعقد أى الثخونه كالعصير يمسّه النار ليصير دبساً أو ربّاً، أومسته للتصفيه كالعسل والسمن، خلافاً لبعض العامّه، حيث منعوا القسمه فى الثانى حتى مع عدم التفاضل، لأنّه لا يجوز بيع المائع المزبور بعضه ببعض ولو مع المماثله والقسمه داخله فى البيع، وعن كشف اللثام مثل ذلک، وقال بعده أنّ هذه خرافه فى خرافه، حيث إنّ الالتزام بعدم جواز معاوضه مائع مسته النار بمثله خرافه. والالتزام بكون القسمه بيعاً خرافه أُخرى.

[1] ذكر قدس سره أنّ المثلى يقسم بين الشركاء على حساب الحصص بالكيل والوزن متساوياً أو متفاضلاً، كما إذا كان المال المشترک صبرتين من الحنطه إحداهما جيّده والأُخرى ردّيه، بحيث تساوى قيمه الجيده ضعف قيمه الرديه، فإنّه يجوز لأحد الشريكين أن يعيّن حصته فى الرديه، بحيث يكون مقدار سهمه خارجاً ضعف السهم لشريک الآخر بحسب الكيل والوزن، وحيث إنّ القسمه ليست بيعاً جاز ذلک وأيضاً بما أنّ القسمه ليست بيعاً فيجوز أن يوضع بعض المال فى احدى كفتى الميزان والبعض الآخر فى كفّته الأُخرى حتى تتعادلا من غير علم بوزن كل منهما.

ثمّ إنّ احتمال كون المراد من المتفاضل أن يأخذ أحد الشريكين زائداً على حصّته ولو بهبه الآخر الزائد ضعيف غايته؛ لأنّ الهبه لا تدخل فى عنوان القسمه.

والثانى: إمّا أن يستضرّ الكلّ أو البعض أو لا يستضرّ أحدهم، وفى الأوّل لا يجبر الممتنع[1] كالجواهر والعقائد الضيّقه، وفى الثانى إن التمس المستضرّ، اجبرمن لا يتضرر وإن امتنع المتضرر لم يجبرويتحقّق الضرر المانع من الإجبار، بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمه، وقيل بنقصان القيمه وهو اشبه وللشيخ قولان.

الشَرح:

[1] إذا كان المال المشترک مختلفاً فى أجزائه، ولو بحسب القيمه، فإنّ تضرّر كلّ من الشريكين بالقسمه فلا يجبر أحدهما عليه ولو طلبها الآخر، بل تصح قسمتها مع تراضيهما فقط، وكذا فيما إذا تضرّرأحد الشريكين فإنّه لا يجبر المتضرر لو طلبها الآخر. نعم لو رضى به المتضرر وطلبها وجبت على الآخر الإجابه وليس المراد بالضرر سقوط الحصه عن الانتفاع بعد التعيين، بل يعم النقص فى ماليتها كما هو المعهود من الضرر فى الأموال.

ويستدل على عدم وجوب الاجابه وعدم جواز الاجبار فى الصورتين بقاعده نفى الضرر، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لم يرد فى وجوب الاجابه على طلب القسمه من أحد الشريكين وجواز الاجبار عليها خطاب خاص أو عام لتكون قاعده نفى الضرر حاكماً على اطلاق ذلک الخطاب أو عمومه بالاضافه إلى صوره الضرر، بل ذكرنا أنّ مقتضى حديث رفع الإكراه أوعدم حلّ مال الغير إلاّ بطيبه نفسه وانّ حرمه مال المسلم كحرمه دمه عدم مشروعيه القسمه الإجباريّه، غايه الأمر يرفع عن ذلک فى صوره عدم الضرر فى القسمه أو مطالبته المتضرر للسيره العقلائيه الثابته فى المال المشترک من وجوب الإجابه وجواز الاجبار عليها، وأمّا مع الضرر على كلّ منهما أو طلب غير المتضرر فلا موجب لجواز الاجبار.

ثمّ إنّ المشهور إنّ القسمه إنّما يعتبر فى وجوب الاجبار عليها مع عدم الضرر أو مع مطالبه المتضرر إذا كانت تعديليه لا تتضمن رد المال من أحد الشريكين، أمّا إذا كانت

ثمّ المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولاضرر، اجبر الممتنع، ويسمّى قسمه اجبار و إن تضمنت أحدهما، لم يجبر ويسمّى قسمه تراض، ويقسم الثوب الذى لا ينقص قيمته بالقطع، كمايقسم الأرض وإن كان ينقص قيمته بالقطع لم يقسّم لحصول الضرر بالقسمه، ويقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه اجبار، وإذا سألا الحاكم القسمه ولهما بيّنه بالملک، قسّم وإن كانت يدهما عليه، ولامنازع لهما، قال الشيخ فى المبسوط لا يقسم وقال فى الخلاف يقسم وهو الأشبه، لأنّ التصرّف دلاله الملک[1].

الشَرح:

متضمّنه لردّ لمال من أحدهما فلا يجبر عليها حتى مع عدم الضرر يعتبر فيها تراضى الشريكين مطلقاً، ويستدل على عدم جواز الاجبار فى القسمه الرديه بأنّها تتضمن المعاوضه وتمليک المال فيعتبر فيها التراضى.

ولكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمه الافرازيه والتعديليه والقسمه الرديه فى أنّ القسمه حقيقتها أمر واحد فى جميعها، وهى تعيين الحصه خارجاً، فالمعاوضه غير منشأه ليعتبرفيها التراضى، بل قهريه تبعيه يعبّرعنها بالتعاوض، ومقتضى السيره المشار إليها عدم الفرق فى الحكم بين الأقسام مع عدم الضرر، كما إذا كانت لهما داران ضيقّتان على نحو الاشاعه وتكون قيمه احداهما ألفين وقيمه الأخرى ألفاً وخمسمائه فيضاف إلى الأدنى خمسمائه أخرى، فيقرع بينهما فمن أصابته الدار الأدنى يأخذ من صاحبته مائتين وخمسين، و إنّما تحتاج إلى القرعه مع عدم تراضيهما بدونها، وإذا لم تمكن هذه القسمه ولو لعدم المال تباع الداران، ويقسم ثمنهما بينهما كل ذلک بالسيره المشار إليها.

[1] إذا سأل الشريكان الحاكم أو غيره قسمه المال المشترک بينهما فإن كان لهما بيّنه بملكهما ذلک المال قسّمه بينهما، لأنّ البينه حجّه للقسمه التى قيل إنّها بمنزله الحكم فى فصل الخصومه ورفع الخلاف بخلاف ما إذا لم يكن لهما بينه بأن كان

الثالث: فى كيفيه القسمه بالحصص. إن تساوت قدراً وقيمه فالقسمه بتعديلها على السهام[1] لأنّه يتضمن القيمه كالدار يكون بين اثنين وقيمتها متساويه وعند التعديل يكون القاسم مخيّراً بين الإخراج على الأسماء، والإخراج على السهام.

أمّا الأوّل فهو أن يكتب كلّ نصيب فى رقعه ويصف كّل واحد بمايميزه عن الآخر ويجعل ذلک مصوناً فى ساتر كالشمع والطين ويأمر من لم يطلع على الصوره بإخراج أحدهما على اسم احد المتقاسمين فماخرج فله.

الشَرح:

الطريق إلى مالكيّتهما يدهما بالمال فإنّه يذكر أنّه لا يقسّم لأنّ الحكم لا يجوز بغير البينه والقسمه بمنزله الحكم ولاحتمال أن يحصل لهما منازع.

وفيه: أنّ القسمه حتي من الحاكم لا تكون حكماً، بل هى تعيين الحصه من المال المشترک فى أبعاضه، وتحسب نوعاً من المعامله توجد بالمباشره والتوكيل، وإذا ظهر أنّ المتقاسمين أو أحدهما لم يكن شريكاً ينكشف بطلانها نظير انكشاف عدم الملک فى سائر المعاملات.

ولو ادعى أحد على المتقاسمين أو على أحدهما قبل القسمه أو بعدها تسمع دعواه هذا أوّلاً، وثانياً لو فرض أنّ القسمه بمنزله الحكم أو نوع منه فلا تجوز بالاستناد إلى قاعده اليد، فلازم ذلک عدم جواز القسمه بالبينه بالملک أيضاً، لأنّ الحكم يصح ببيّنه المدعى خاصه، ولا يكفى فيه مطلق البينه وبينه المتقاسمين فى الفرض غير داخل فى بينه المدعى، حيث إنّ يدهما على المال.

[1] إذا كان سهم أحد الشريكين مساوياً مع سهم الشريک الآخر من حيث المقدار و القيمه من المال المشترک على تقدير جعله حصتين كما فى الأرض المتساويه الأجزاء من حيث القدر والقيمه فإنّها إذا كانت مشتركه بين اثنين بالمناصفه يجعلها القاسم نصفين، ثمّ يخرج القرعه باسم الشركاء أو السهام.

وأمّا الثانى: فهو أن يكتب كلّ اسم فى رقعه، ويصونهما ويخرج على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلک السهم.

وإن تساوت قدراً لاقيمه عدّلت السهام قيمه والغى القدر حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث لجعل الثلث محاذياً للثلثين وكيفيه القرعه عليه كما صورناه.

الشَرح:

أمّا الأوّل يعنى اخراجها باسم الشركاء فيكتب كُلاً من نصفى الأرض فى رقعه، بحيث يميّزه عن النصف الآخر، ويجعل كلاً من الرقعتين بحيث لا يمحو كتابتها فى ساتر من شمع أو طين أو نحوهما، ثم يؤمر من لايطلع على كتابتهما باخراج أحدهما باسم أحد الشريكين.

وأمّا الثانى أى اخراجها باسم السهام فيكتب اسم أحد الشريكين فى رقعه، واسم الشريک الآخر فى رقعه أخرى، ويجعل كلاً منهما فى ساتر، كما تقدم، ثم يؤمر من لايطلع على كتابتهما باخراج إحداهما لأحد السهمين المعينين خارجاً.

أمّا إذا كانت السهام متساويه فى المقدار من المال المشترک، لكن المقدار المساوى للسهم منه لا يكون مساوياً لمقدار السهم الآخر فى القيمه، مثل إذا كانت الأرض المشتركه بين الإثنين بالمناصفه مختلفه فيأجزائها بحسب القيمه، بحيث يساويثلثها من جانب ثلثى الباقى بحسب القيمه، وفى هذا الفرض تعدل السهام بحسب القيمه لا المقدار، كما فى الصوره السابقه بأن يجعل ثلثها من ذلک الجانب سهماً و ثلثيها الباقيين سهماً آخر، ثم يخرج القرعه باسم الشريكين أو باسم السهام على ماتقدم.

و إذا كانت السهام مختلفه قدراً لا قيمه، كما إذا كانت الأرض المتساويه أجزائها بحسب القيمه مشتركه بين ثلاثه أسهم أحدهم نصفها وسهم الثانى منهم ثلثها وسهم الثالث سدسها، وفى مثل ذلک يعدّل المال المشترک على أقل السهام بأن تجعل الأرض

وإن تساوت الحصص، قيمه لا قدراً، مثل أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء ذلک الملک متساويه، سوّيت السهام على أقلّهم نصيباً، فجعلت اسداساً ثم كم تكتب رقعه؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام والأقرب الاقتصارعلى عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزياده كلفه.

الشَرح:

المزبوره سته أسهم خارجيه، ويعيّن لإبتداء السهام طرفاً بالتراضى أو بحكم القاسم، ثمّ يقرع بكتابه أسماء الشركاء فى الرقع، وهل تكون الرقع بعدد الشركاء بأن يكتب اسم كل شريک فى رقعه فيكون فى الفرض ثلاث رقع ومن له ثلثها فى رقعتين واسم من له السدس فى رقعه فتحصل ستّ رقع؟

الظاهر الاكتفاء بالأوّل لحصول الغرض كما نذكر، ثمّ يؤمر من لايطلع على كتابتها باخراج احداها، فإن خرجت باسم الشريک بالنصف يأخذ من ابتداء السهام بثلاثه منها، ثم يخرج رقعه أخرى فإن خرج باسم الشريک بالثلث يأخذ سهم الرابع وسهم الخامس والسهم الباقى لصاحب السدس وهكذا، ولو جعل الرقع ستّاً فإن خرج اسم صاحب النصف يعطى تمام سهامه، ثم لو خرج اسمه ثانياً أو ثالثاً يلغى الرقعه الخارجه، وفائده زياده الرقع مع أنّه يلغى ثانيها وثالثها لتكثير حظه فى الخروج لأنّ أكثر المال له هكذا قيل، ولكن لا يخفى ما فيه بعد تعديل السهام وعدم جواز تفريق سهام شخص.

وبالجمله: يخرج الرقع فى هذه الصوره على السهام، ويكتب فى الرقع أسماء الشركاء ولا تخرج على أسماء الشركاء بأن يكتب السهام فى الرقع حذراً من تفرّق السهام.

وإذا اختلفت السهام قدراً وقيمه عُدّل المال المشترک على أقل السهام بحسب القيمه، ثم يعين السهام بكتابه أسماء الشركاء فى الرقع كما تقدم فى الصوره السابقه،

إذا عرفت هذا، فإنّه يكتب ثلاث رقاع لكلّ اسم رقعه، ويجعل للسهام أوّل وثان وهكذا إلى الأخير، والخيار فى تعيين ذلک إلى المتقاسمين ولو تعاسروا، عيّنه القاسم، ثمّ يخرج رقعه، فإن تضمنت اسم صاحب النصف، فله الثلاثه الأول. ثمّ يخرج ثانيه، فإن خرج صاحب الثلث، فله السهمان الآخران. ولايحتاج إلى إخراج الثالثه بل لصاحبها ما بقى، وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث أوّلاً، كان له السهمان الأوّلان ثمّ يخرج أُخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس ولايحتاج إلى إخراج أُخرى لأنّ السادس تعيّن لصاحبها.

الشَرح:

وقد يقال بامكان إخراج القرعه على الاسماء بأن يكتب السهام فى الرقاع بالنحو التالى ففى رقعه نصف المال، وفى الأُخرى ثلثه وفى الثالثه سدسه، ويعيّن مبدأ السهام المخرجه بالتراضى، أو بتعين القاسم أو بالقرعه الأُخرى على المبداء، فيؤمر من لا يطلع على الحال فيها باخراج رقعه من القراع الثلاث ثم يؤمر باخراج الثانيه، ولكن لا يخفى أنّ هذه عباره أُخرى لكتابه أسماء الشركاء واخراجها على السهام.

وأمّا كتابه السهام الستّه على الرقاع الستّ ثم اخراجها فقد تقدم أنّه قد يوجب التفريق على واحد فى سهامه، كما إذا ظهر السهم الثانى أو الخامس باسم صاحب السدس، أو ظهر الخامس باسم صاحب النصف بعد خروج السهم الرابع باسم صاحب السدس، و هكذا.

أقول: يقع الكلام فى المقام فى جهتين: الأُولى فى وجه اعتبارقسمه السهام بالقرعه وهل الدليل على مشروعيه القرعه تعم مثل المقام ممّا لا يكون للحق فيه واقع معين أم لا؟ والثانيه فى انحصار طريق القسمه فى المال المشترک على القرعه بماتقدم من الكيفيه من الرقع وكتابتها والستر عليها، أم أنّها تصدق ولو لم تكن بالكيفيه المتقدمه.

وهكذا لو خرج اسم صاحب السدس أوّلاً كان له السهم الأوّل ثمّ يخرج أُخرى فإن كان صاحب الثلث كان له الثانى و الثالث، والباقى لصاحب النصف ولو خرج فى الثانيه صاحب النصف، كان له الثانى والثالث والرابع، وبقى الآخران لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه، ولا يخرج فى هذه على السهام، بل على الأسماء إذ لايؤمن ان يؤدى إلى تفرق السهام وهو ضرر، ولو اختلفت السهام والقيمه، عُدلّت السهام تقويماً وميّزت على قدر سهم أقلهم نصيباً وأقرع عليها كما صورناه.

الشَرح:

أمّا الجهه الأولى: فقد يقال أنّ مشروعيه القرعه تنحصر بما إذا كان للشى واقع معيّن فيُستكشف الواقع المجهول لنا بالقرعه.

وبتعبير آخر: تخرج القرعه الحق الواقعى، ومع عدم التعيّن للشىء واقعاً كما فى المال المشترک فلادليل على كونها معينه، ويجاب عن ذلک بأنّ فى روايات القرعه مايدل على جريانها حتى فيما لم يكن للشىءواقع معيّن، وفى صحيحه إبراهيم بن عمر اليمانى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى رجل قال:أوّل مملوک أملكه فهو حرّ فورث ثلاثه قال: يقرع بينهم فمن أصابه القرعه اعتق قال: والقرعه سنّه»..(1)

ولكن فى الاعتماد على الصحيحه اشكال، فإنّه لا عتق إلاّ بعد ملک كما فى غير واحد من الروايات المعتبره سنداً ودلاله، فلايكون عتق الواحد قبل الملک صحيحاً ليحمل المعتق على الطبيعى المقيد بالواحده، ويتعيّن ذلک الطبيعى بالقرعه، وفى صحيحه منصوربن حازم «قال: سأل بعض أصحابنا أباعبداللّه عليه السلام عن مسأله فقال: هذه تخرج فى القرعه، ثم قال: فأى قضيه أعدل من القرعه إذا فوّضوا أمرهم إلى اللّه عزّوجلّ أليس اللّه يقول: «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ»(2)».(3)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث2:187.
2- (2) الصافات: 141.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 17:191.

وأمّا لو كانت قسمه رد، وهى المفتقره إلى ردّ فى مقابله بناء أو شجر أو بئر، فلا تصحّ

الشَرح:

وأورد على الاستدلال بهذه الصحيحه بأنّ من كان مطلوب الحوت كان معيناً واقعاً، واُجيب بأنّ الأمر وإن كان كذلک واقعاً إلاّ أنّ أهل السفينه اعتقدوا أنّ واحداً لابعينه مطلوب الحوت فساهموا لتعيين الواحد لا بعينه وإلاّ فلو كانوا عالمين بأنّ الحوت يطلب يونس عليه السلام لأخذوه وألقوه فى البحر.

أقول: لا يخفى ما فى الاستدلال بها فإنّ اهل السفينه وإن لم يعتقدوا بأنّ يونس عليه السلام مطلوب للحوت، إلاّ أنّه من المحتمل أنّهم اعتقدوا كما نقل أنّ واحداً معيناً يطلبه الحوت وهم لا يعرفونه بعينه، واستعملوا القرعه فى إخراجه.

وبالجمله: لا تثبت بالروايه مشروعيه القرعه فى تعيين ما ليس له واقع معين.

نعم يظهر العموم عن صحيحه حريز عن محمد عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم قال: كان على عليه السلام يسهم بينهم.(1) حيث إنّ شركه الميت مع سائر الورثه فى الثلث بنحو الإشاعه، والروايه ظاهرها تعيين سهم الوصيه، بالقرعه ولكن فى سندها اشكالاً فإنّ محمد الذى يروى عنه حريز يحتمل كونه محمد بن مروان الذى روى غير حريز عن محمد بن مروان مثلها، كمايحتمل كونه غيره.

وبالجمله: لا يتعين محمد فى محمد ابن مسلم.

ولكن لايبعد أن يقال: إن تعيين السهام بها خارجاً فى موارد الميز لبعضها ولو قهراً مع عدم التراضى بين الشركاء بنحوآخر للسيره الجاريه من العقلاء عليها، كما ذكرنا نظيرها فى الإلزام بالقسمه مع طلب بعض الشركاء مع عدم الضرر، وهذا المقدار مع عدم ثبوت الردع كافٍ فى الحكم بمشروعيتها، كما أن مقتضاها عدم اعتبار رضا

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3:188.

القسمه مالم يتراضيا جميعاً[1] لما يتضمّن من الضميمه التى لا تستقر إلاّ بالتراضى وإذا اتّفقا على الرد، وعُدّلت السهام فهل يلزم بنفس القرعه، قيل لا ، لانّها تتضمن معاوضه ولايعلم كلّ واحد من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعه.

مسائل ثلاث:

الاولى: لو كان لدار علوّ و سفل، فطلب أحد الشريكين قسمتها[2] بحيث يكون لكلّ واحد منهما نصيب من العلو و السفل بموجب التعديل جاز، واجبر الممتنع مع انتفاء الضرر ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو، لم يجبر الممتنع وكذا لو طلب قسمه كلّ منهما منفرداً.

الشَرح:

الشركاء بعدها بالقسمه الحاصله بها، بل لا يعتبر رضا جميعهم بها قبل اجرائها فى موارد جواز الاجبار بالقسمه على ماتقدم، وممّا ذكر يظهر الكلام فى الجهه الثانيه وانّ القرعه تحصل ولو بفقد بعض ما تقدم.

[1] قد تقدم ما فيه فلا يحتاج إلى الاعاده.

[2] إذا كانت الدار مشتركه بين اثنين وكان لها علو وسفل وطلب أحد الشريكين القسمه يكون المطلوب من قسمتها على أنحاء:

الأوّل: أن يطلب قسمتها على حصتهما، بحيث يكون لكل منهما نصيب خاص من كل العلو والسفل، و تجوز هذه المطالبه بمعنى أنّه يجبر الشريک على هذه القسمه مع عدم الضرر فيها.

الثانى: أن يكون المطلوب من قسمتها بحيث ينفرد أحدهما بالسفل والآخر بالعلو ويذكر أنّ هذا النحو من القسمه لا يجبر عليها بل تحتاج إلى التراضى ولو مع عدم الضرر، ويقال فى وجه ذلک أنّ القسمه بالنحو الأوّل داخله فى القسمه افرازاً.

وبالنحو الثانى: داخله فى القسمه تعديلاً، ومع امكان قسمه المال المشترک افرازاً لا يجوز الاجبار على القسمه تعديلاً كما يأتى.

الثانيه: لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمه الأرض حسب اجبر الممتنع[1] لأن الزرع كالمتاع فى الدار ولو طلب قسمه الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لأنّ تعديل ذلک بالسهام غير ممكن وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله أمّا لو كان بذراً لم يظهر لم يصحّ القسمه لتحقق الجهاله ولو كان سنبلاً قال أيضاً لا يصحّ وهو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا.

الشَرح:

أقول: الكبرى وإن كانت كما ذكر؛ لأنّ عمده الدليل على جواز الاجبار على القسمه، السيره العقلائيه و مقتضاها تقديم القسمه الافرازيه إلاّ انّ كون الأوّل قسمه افرازيه غير صحيح، ومع كونها تعديليه أيضاً يجبر على الجامع بين القسمتين، ومع عدم التراضى بأحد النحوين يعين أحدهما بالقرعه مع عدم الضرر كما هو الفرض. نعم فى مثل الشقق المتعارفه فى عصرنا الحاضر تحسب كل طبقه مالاً مستقلاً ويأتى حكمها.

الثالث: ما إذا كان المطلوب قسمه كل من العلو و السفل منفرداً، بأن يقسم السفل مع قطع النظر عن العلو، والعلو مع قطع النظر عن السفل و كأنّهما مالان مستقلان يكون كل واحد منهما مشتركاً بينهما، وهذه القسمه تحتاج إلى التراضى، ولايجبر عليها؛ لأنّ تقسيمها كذلک بحيث يكون السفل من الجانب الأوّل للآخر غير داخل فى قسمتها المتعارفه، لأنّ الدار تحسب بجميع أجزائها مالاً واحداً مشتركاً.

[1] إذا اشترک اثنان فى أرض و زرعها يحسب كل من الأرض والزرع مالاً مستقلاً، و لذا لو طلب أحدهما قسمه الأرض خاصه يجير الآخر عليها مع عدم الضرر سواء أكانت قسمتها قسمه تعديل أم إفراز، أمّا إذا طلب أحدهما قسمه الزرع خاصه فالمحكى عن الشيخ قدس سره إنّه لا يجير الآخر على القسمه لعدم إمكانها فى الزرع لأنّ القسمه تتوقف على تعديل السهام و تعديلها فى الزرع عاده غير ممكن وناقش الماتن قدس سره فيه بأنّ كلامه لا يخلو عن اشكال فإنّ الذى لا يمكن فى الزرع عاده هو التعديل عيناً وأمّا التعديل قيمه فهو أمر ممكن. نعم فيما كان بذراً لم تصح قسمته لتحقق الجهاله فى المقسوم.

الثالثه: لو کان بینهما قرحان متعدّده، وطلب واحد قسمتها بعضاً فی بعض لم یجبر الممتنع[1] ولو طلب قسمه کلّ واحد بانفراده اُجبر الآخر، وکذا لو کان بینهما حبوب

مختلفه ویقسم القراح الواحد، وإن اختلفت أشجار اقطاعه، کالدار الواسعه إذا اختلفت ابنیتها ولا یقسم الدکاکین المتجاوره بعضها فی بعض قسمه اجبار، لانّها املاک متعدّده، یُقصد کلّ واحد منها بالسکنی علی انفراده فهی کالأقرحه المتباعده.

الشَرح:

أقول: لعلّ المراد بالجهاله عدم امکان تعدیل السهام حتی قیمه، ولا یبعد أن یقال: إنّ المال المشترک إذا کان حباً مستوراً فی الأرض لم یخضر أو مع اخضراره أیضاً المسمی بالبذر فی بعض الکلمات غیر قابل للقسمه، لأنّ البذر قبل صیرورته قصیلاً أو سنبلاً لا یعتبر مالاً حتّی یعدل السهام قیمته وإن یکون ملکاً اللهمّ إلاّ أن یقال عدم المالیه بلحاظ الحاله الفعلیه لا بلحاظ اشتراک بقائه لیصیر قصیلاً أو سنبلاً أو حنطه و شعیراً کما لا یخفی.

ولو صار الزرع سنبلاً فالمحکی فی کلام الماتن عن الشیخ قدس سره عدم صحه قسمته ولعلّه لعدم امکان تعدیل السهام ولو بالقیمه ولکن ضعّفه الماتن علیه السلام بجواز بیع الزرع قصیلاً کان أو سنبلاً وکان جواز البیع یلازم التقویم الذی یدخل فیه تعدیل السهام بالقیمه ولکن لا یخفی أنّ جواز البیع یلازم التقویم لا تعدیل السهام فی أبعاض العین العین قیمه کما یظهر ذلک للمتأمّل.

[1] المشهور بین الأصحاب کما قیل إنّ الأملاک المتعدده التی یعد کل واحد منها ملکاً و مالاً مستقلاً إذا کان کل واحد منها مشترکاً بین اثنین أو أزید وطلب أحد الشریکین الآخر بقسمه بعضها فی بعض بأن یکون بعضها بتمامه ملکاً له، و بعضها الآخر بتمامه ملکاً للشریک الآخر، کما إذا کان لهما قطعات أربع من الأرض الخالیه من الشجر المعبر عن کل واحد منها بالقراح، وطلب أن تکون قطعتان منها له و القطعتان

....

الشَرح:

للآخر، أو كان فى الخارج صبرتان احداهما حنطه والأُخرى شعير وكل منهما مشترک بين اثنين بالمناصفه فطلب احدهما القسمه، بأن تكون احدى الصبرتين بتمامها له والأُخرى بتمامها لصاحبه، وكذا إذا كانت لهما غير ذلک من الدكاكين والدور المتعدده، ففى مثل ذلک لا يجبر الآخر على هذه القسمه حتى فيما لم يكن فى البين ضرر، بخلاف ما إذا طلب قسمه كل منها بأن يكون بعض كل منها لواحد وبعضه الآخر للآخر فإنّه يجبر على هذه القسمه مع عدم الضرر.

وعلّلوا ذلک بأنّ هذا النحو من القسمه قسمه افراز ومع امكانها لايجبر على القسمه بالنحو الأوّل الداخله فى القسمه التعديليه، لأنّ للمالک أن يتحفظ بحصّته من المال ولو مع اجابته لطلب القسمه أو طلبها. نعم مع عدم امكان القسمه إلاّ بالنحو الأوّل كما فى الثياب المتعدده المشتركه كل واحد منها بينهما وكالدواب والكتب وغير ذلک جاز الاجبار عليها، واستثنوا من جواز الاجبار القسمه بالردّ والتزموا بعدم جواز الاجبار عليها حتى ولو يمكن غيرها.

بل استشكلوا فى صحه قسمه الرد مع امكان القسمه بالافراز أو بالتعديل حتى مع التراضى، فإنّه مع امكان غيره لاتصدق عليها القسمه ولذا ذكر بعضهم عدم صحتها حينئذٍ إلاّ بايقاع المصالحه المفيده فائدتها.

ثمّ إنّه إذا طلب أحد الشريكين قسمه المال المشترک بينهما بالقسمه بالنحو الثانى وجبت الاجابه لها و جاز الإجبار عليها ولو كانت القسمه بالاضافه إلى توابعه من النحو الأوّل يعنى من قسمه بعض التوابع المشتركه فى البعض الأُخرى، كما إذا كانت الدار واسعه فيها أشجار مختلفه وأبنيه متعدده، وإلى ذلک ينظر كلام الماتن قدس سره ويقسم القراح

الرابع: فى اللواحق وهى ثلاثه:

الاوّل: إذا ادّعى بعد القسمه الغلط عليه، لم تُسمع دعواه[1] فإن اقامت بيّنه سمعت، و حكم ببطلان القسمه، لأنّ فائدتها تميّز الحق ولم يحصل ولو عدمها، فالتمس اليمين، كان له، إن ادّعى على شريكه العلم بالغلط.

الشَرح:

الواحد وان اختلفت أشجار اقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها.

أقول: قد تقدم أنه إذا لم تمكن القسمه بالإفراز والتعديل يجوزلأحد الشريكين مطالبه الآخر بالقسمه الرديه، ويجب على الآخر القبول، غايه الأمر إذا طلب كل منهما الحصه الخاليه عن الرد أو الضميمه بها الرد يقرع بينهما ومع عدم امكان هذا النحو من القسمه ولو لعدم المال لواحد منهما للضم للطرف الناقص يباع المال المشترک و يقسم الثمن لهما على ما أشرنا إليه من السيره العقلائيه.

[1] إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وقوع الغلط لم تسمع إلاّ مع البينه به فيما أجاب الآخر بلا أدرى، أمّا إذا كان نافياً للغلط أو ادعى عليه علمه بالغلظ يتوجه اليمين على الآخر بالحلف على نفى الغلط أو على عدم علمه بالغلط؛ لأنّ أصاله الصحه الجاريه فى القسمه تجعل من يدّعى الغلط مدعياً فى دعواه فعليه اثباته، ومع جواب الآخر بلا أدرى و اعتراف المدعى بعدم العلم لم يتوجه الدعوى على الآخر. بل الأمر كذلک حتى مع قوله بأنّه لايدرى أنّ الآخر يعلم الغلط أم لا، لأنّ قوله هذا مساوٍ بأنّ الآخر مع عدم علمه به يعمل على وظيفته.

والماتن كغيره قدس سرهم لم يتعرض لصوره نفى الآخر الغلط، فإنّه قد ذكرنا أنّ مع نفيه يتوجه إليه اليمين على نفيه وعدم تعرضهم له لما بنوا عليه فى موارد الدعوى على الغير فى فعل الآخر من أنّه لا تسمع الدعوى إلاّ مع البينه، حيث لا يمكن فيها للمدعى عليه اليمين على فعل الآخر وهوالقاسم فى المقام، ولكن قد عرفت ما فيه.

الثانى: إذا اقتسما، ثمّ ظهر البعض مستحقاً فإن كان معيّناً فى أحدهما، بطلت القسمه[1] لبقاء الشركه فى النصيب الآخر ولو كان فيهما بالسويه لم تبطل لأنّ فائده الشَرح:

وبالجمله: إنّما لاتسمع الدعوى فى المقام كسائر المقامات مع عدم البينه للمدعى فيما إذا أجاب الخصم بلا أدرى لا مطلقاً.

ثمّ إنّ الخصم فى دعوى الغلط هو الشريک الآخر سواء أكانت القسمه عن قاسم منصوب أم بتوكيل من المتقاسمين أو كانت بفعل الشريكين. نعم إذا كان القاسم غيرهما بالأُجره على المدعى أو على الشريكين فللدعوى عليه وجه لاسترداد الأُجره أو دعوى سقوطها عن عهده المدعى، ولعل ما ذكر فى القواعد يرجع إلى ذلک.

أمّا التفرقه فى سماع الدعوى بين القسمه اجباراً فتسمع دعوى الغلط مع البينه بل بدونها أيضاً على ما تقدم وبين القسمه بالتراضى فإنّها لا تسمع لأنّ التراضى حصل منهما بتعيين حصتهما بما وقع فلا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ التراضى بما وقع مبنى على التعديل وهو غير حاصل على دعوى مدعى الغلط.

[1] إذا ظهر بعد القسمه بعض المال مستحقاً للغير فإن أوجب ردّ ذلک البعض على مستحقّه بطلان التعديل بطلت القسمه، كما إذا اقتسما الأموال المتعدده المشتركه بينهما بتقسيم التعديل وتعيين حصه أحدهما فى بعضها بحصه الآخر فى المال الآخر وظهر المدفوع إلى أحدهما مستحقاً للغير، وكذا إذا ظهر لمن وقعت حصته على بعضها أنّها ملک للغير، وكذا فى المدفوع إلى الآخر من الشريكين مع اختلاف المالين المستحقين للغير فى القيمه، أمّا إذا كان كل منهما مساوياً مع الآخر فى القيمه فلاتبطل القسمه لعدم بطلان التعديل، نعم إذا أوجب ذلک خروج الباقى للشريكين عن التعديل فى القيمه لبقاء دارٍ لاحدهما بلا طريق ماء ونحوه بطلت القسمه ببطلان التعديل.

القسمه باقيه وهو افراز كلّ واحد من الحقّين، ولو كان فيهما لا بالسويه بطلت لتحقق الشركه، وإن كان المستحقّ مشاعاً معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق والثانى تبطل لأنّها وقعت من دون إذن الشريک وهو أشبه.

الشَرح:

هذا كلّه فيما إذا ظهر البعض المعين مستحقاً للغير، وأمّا إذا ظهر بعض المال بنحو الاشاعه مستحقاً للغير، كما إذا قسمت التركه بين أخوين، ثم ظهر أخ ثالث، فيقال مع تساوى نسبه المال المستحق للغير تبطل القسمه بالاضافه إلى حصه الأخ الثالث، بمعنى أنّ الثالث يشترک فى كل ما وصل إلى كل من الأخوين بالثلث.

وبتعبير آخر: القسمه صحيحه بالاضافه إلى حصتى الأخوين المتقاسمين.

وعن الشيخ قدس سره فيأحد قوليه أنها تبطل من أصلها، لأنّ القسمه من المعاملات وقد وقعت بلا اذن الشريک الثالث حتى فيما كان الثالث شريكاً فى حصته أحدهما خاصه، كما إذا قسمت التركه بين أخ الميت و زوجته ثم ظهرت للميت زوجه أخرى.

نعم يختص البطلان بما إذا لم يجز الثالث تلک القسمه وإلاّ صحت القسمه ويكون شريكاً مع كل من الأخوين فى ما بيده بالثلث فى الأوّل ومع ما بيد الزوجه بالمناصفه فى الثانى، لأنّ صحه المعامله الفضوليه لا تختصّ بغير القسمه بل تجرى فيها أيضاً، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود بعد اجازه أربابها.

وظاهر بعض الكلمات عدم الحاجه إلى الاجازه أيضاً فيما إذا كانت النسبه متساويه بالاضافه إلى حصتى المتقاسمتين، كما إذا كان المال المشترک ثلاث دواب تساوى قيمه احداها قيمتى الأخريين فاقتسما بينهما بقسمه التعديل بأن أخذ أحد الشريكين الدابتين والآخر تلک الواحده، فإنّ الغير فى الفرض يملک من كل دابه ثلثها والنسبه بعد القسمه أيضاً باقيه بحالها، ولكن الأظهر بطلان القسمه فى الفرض أيضاً مع عدم اجازه الغير، وذلک فإنّ النسبه ولو كانت باقيه بحالها إلاّ أنّ قسمه الشريكين مع

الثالث: لو قسّم الورثه التركه، ثمّ ظهر على الميّت دين فإن قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه[1] وإن امتنعوا، نقضت وقضى منها بالدين.

الشَرح:

الغير تختلف مع قسمه كل الشركاء، فإنّ القسمه فى الفرض تكون بقسمه الرد لا محاله، ولكن الشريكين اقتسموا بقسمه التعديل.

فالصحيح هو أنّه إذا كانت القسمه بين الشريكين المتقاسمين قسمه افراز لا تحتاج إلى القرعه بين الشركاء، كما كان المال المشترک صبره من الحنطه التى بعد قسمتها إلى الحصتين يكون للغير ثلث الحبه من كل حبه، فالقسمه المزبوره لا تحتاج إلى اجازه الغير لبقاء مال الغير بحاله حتى فى مقام القسمه مع كل منهما، أمّا إذا كانت القسمه تعديليه أو افرازيه تحتاج كالتعديليه إلى القرعه مع تشاح الشركاء كالارض التى تشاح فى الأخذ من شرقها أو غربها أو من وسطها أو كانت القسمه ردّيه فلا تجوز القسمه الاّ بإجازه الغير.

[1] بأن أدى الورثه الدين من اموالهم فيكون الفرض كما إذا أدى الأجنبى دين الميت تبرعاً أو ابراء الدائن ذمته فإنّه بعد ذلک لايكون على الميت دين فتكون تركته للورثه فتصح القسمه الحاصله قبل ذلک.

ويلحق بذلک ما لو ضمن الورثه الدين على الميت للغرماء فإنّه بناءً على ما هو الصحيح عندنا من انتقال الدين إلى ذمه الضامن مع عقد الضمان تبرء ذمه الميت فتصح القسمه السابقه.

وقيل: إنّ هذا فيما إذا لم يكن الدين مستوعباً للتركه، حيث إنّ مع عدم الاستيعاب يدخل الفرض فى المسأله السابقه يعنى الثانيه تقريباً وانّما الفرق بين المفروض والمتقدم فى المسأله السابقه هو أنّ ما يستحقه الغير فى تلک المسأله كان من الحصه المشاعه وفى الفرض من قبيل الكلى فى المعين، أمّا مع كون الدين مستوعباً فلايحكم

....

الشَرح:

بلزوم القسمه لأنّ مع الاستيعاب لا تكون التركه ملكاً للورثه لتكون قسمتها من تقسيم المال المشترک ويدخل فى لزوم الوفاء بالقسمه التى تدخل فى المعامله والعقد، بل يكون الورثه مالكين بعد حصولها نظير مسأله من باع شيئاً ثمّ ملک.

أقول: صحّه القسمه مع عدم استيعاب الدين أيضاً مورد المناقشه، فإنّ القسمه بالاضافه إلى مقدار الدين نظير مسأله من باع شيئاً ثمّ ملک، وبيان ذلک أنّ مع عدم استيعاب الدين أيضاً لاتنتقل جميع التركه إلى ملک الورثه ويكون استثناء مقدارها عن التركه بنحو الكلى فى المعين.

وبتعبير آخر: يكون الفرض كتقسيم الورثه تركه الميت قبل موته بلا فرق بين صوره استيعاب الدين وعدمها، والأحوط لو لم يكن أظهر اعتبار التراضى بالقسمه السابقه أو اجازتها من الحاكم إذا كانت قسمه اجبار.

ثمّ إنّه يذكر فى المقام أنّه لو أدى بعض الورثه من ماله دين الميت بمقدار سهمه وامتنع البعض الآخر يباع على الممتنع ما وصل إليه من التركه بمقدار سهمه من الدين ويقال كما عن صاحب الجواهر قدس سره أنّه إذا بطلت القسمه بالاضافه إلى ما يباع فلا تصحّ القسمه المزبوره.

أقول: مع الغمض عن المناقشه السابقه لايكون فى الفرض اشكال آخر، وذلک فإنّه قد تقدم أنّه يجوز للورثه تملک التركه باداء دين ما على الميت من أموالهم فما يباع من التركه التى بيد الممتنع يكون مقابلاً لما تملّكه سائر الورثه من التركه باداء دين ميّتهم فيحصل التعديل فى بقيه التركه مع عدم الاستيعاب كما هو المفروض.

ص :299

ص :300

النظر الرابع:

ص :301

ص :302

النظر الرابع:

فى أحكام الدعوى

وهو يستدعى بيان مقدمه ومقاصد.

أمّا المقدمه فتشتمل على فصلين:

الأوّل

فى المدعى

وهو الذي يترک لو ترک الخصومه[1] وقيل هو الذى يدعى خلاف الأصل، أو أمراً خفيّاً وكيف عرفناه، فالمنكر فى مقابلته.

الشَرح:

[1] قد ورد فى الروايات أنّه يكون القضاء بالبينه للمدعى واليمين على من ادعى عليه إذا لم يقم المدعي البينه، فيقع الكلام فى المقام فى الميزان لكون أحد المتخاصمين مدّعياً ليطلب منه البينه، واليمين من خصمه مع عدمها. هذا بالاضافه إلى غير الموارد التى قام دليل خاص فيها على كيفيه الحكم على مايأتى، وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنه لو اشتبه فى مورد الأمر ولم يتبين فيه المدعى من المدعى عليه ينحصر الاثبات بالبينه لأنّها حجّه شرعيه ومع فرض تعارض البينه فيه بأن كان لكل منها بيّنه يعمل على المرجح ومع عدمه تتعين القرعه فى العمل بها.

أقول: تتضح حقيقه الحال وما فيه بعد تتميم المقال فى ميزان تشخيص المدعى من المدعى عليه، وقد ذكر الماتن قدس سره فى الميزان أنّ الذى يترک لو ترک الخصومه بمعنى أنّ خصمه لا يراجعه لو لم يراجع هو خصمه هو المدعى.

....

الشَرح:

وأورد على هذا التعريف بأنّه يصدق فى موارد دعوى الحق على الغير خاصه، أمّا فى موارد دعوى سقوط ماكان للغير عليه من الحق فلا، فإنّه لو ترک دعوى سقوط الدين عن عهدته لأخذه الآخر وطلب منه الدين.

وقد يعتذر عن الايراد بأنّ ما ذكر فى تعريف المدعى للاشاره إلى تمييز الدعوى ببعض الجهات وإلاّ ففى الحقيقه ليس للدعوى على الغير حقيقه شرعيه، بل الدعوى على معناها اللغوى العر فى وهو الاخبار الجازم المتضمن للحق له على الغير أو سقوط ماكان للغير عليه.

وقد يجاب عن الايراد بأنّ المراد من تركه لو ترک الدعوى عدم مطالبته بشىء من جهه الدعوى فلاينافى مطالبته من جهه أُخرى كثبوت المال على عهدته.

وفيه: أنّ التعريف قد ذكر للمدعى فى مقابل المنكر، وهو الذيلا يترک إذا ترک انكاره ومعنى عدم تركه مطالبته بالحق عليه للغير، فقد تحصل ممّا ذكر أنّ التعريف المزبور لايكون ملاكاً لتشخيص المدعى عن المنكر.

وقد يقال فى ميزان كون أحد المتخاصمين مدعياً والآخر منكراً: إنَّ المدعى من يكون قوله مخالفاً للأصل فيكون المدعى عليه والمنكر من يكون قوله موافقاً للأصل.

وقد يورد على هذا التعريف بأنّه إن أُريد من الأصل جميع الأُصول فمن المقطوع عدم اعتبارجميع الأصول فى كون شخص مدعياً والأخر منكراً وان أريد بعضها فيمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفاً لأصل وموافقاً لأصل آخر، كما يمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفاً لأصل وقول الآخر أيضاً مخالفاً لأصل آخر.

ولكن لايخفى ضعف هذا الايراد فإنّ المراد بالأصل هو الأصل المعتبر الجارى

....

الشَرح:

فى حق الشاک، والأُصول المتعدده إذا كانت بعضها موضوعيه وبعضها حكميه لا تصل النوبه إلى الأصل الحكمى مع جريان الأصل الموضوعى.

وبتعبير آخر: تشخيص المدعى من المنكر لتطلب البينه من المدعى يكون من وظيفه الحاكم الشرعى المزبور جهله بواقع الحال فى الواقعه المرفوعه إليه، فيأخذ فى تلک الواقعه بالأصل المعتبر فى حق الشاک فمن يوافق قوله مع ذلک الأصل المعتبر لا يحتاج قوله إلى اثبات ومن يخالف قوله ذلک الأصل فيطالبه بالبينه.

وممّا ذكر يظهر الجواب عمّا إذا كان قول أحد الخصمين موافقاً لأصل والقول الآخر موافقاً لأصل آخر، و وجه الظهور أنّه إذاكان أحد الأصلين موضوعياً والآخر حكمياً فلاتصل النوبه إلى الحكمى، وإلّا تكون الواقعه من موارد التداعى لا الدعوى والانكار.

والصحيح فى الايراد عليه أنّه لا يختصّ المدعى بمن لا يوافق قوله الأصل والمدعى عليه بمن يوافق قوله الأصل، بل يعمّ المدعى كل من يكون قوله محتاجاً إلى الاثبات لكونه مخالفاً لما اعتبر فى حق الشاک، سواء أكان أصلاً عملياً أم اماره كقاعده اليد، ولعلّه لذلک عطف الماتن قدس سره كغيره المخالفه للظاهر على خلاف الأصل كما إذا اعتبر الشارع ظاهر الحال فى مورد أو حكم بحلف من يكون قوله موافقاً له بحيث يفهم منه اعتبار ذلک الظاهر.

والحاصل: لا يختلف الشرع والعرف فى معنى الدعوى على الغير بحيث يوصف احدهما مدعياً والآخر مدعى عليه، فكل من يذكر ثبوت الحق ونحوه له على الغير أو ارتفاع حق الغير عنه بحيث يحتاج إلى اثبات ما يذكره هو المدعى فالمقام نظير ما ذكرنا فى المعاملات بالمعنى الأخص من أنّ لفظ البيع مثلاً يستعمل فى كلام الشارع

....

الشَرح:

فيما يستعمل فيه عند العرف، غايه الأمر يختلف نظرهما فى مصاديقه يحيث يرى العرف تمليک الخمر بالعوض بيعاً أو المنابذه بيعاً ولايعتبرهما الشارع.

والوجه فى كون المقام نظيرها أنّ المدعى فى دعواه على الغير يطالب بحق له عليه أو يخبر عن سقوط ما للغير عليه من الحق، والمراد بالحق فى المقام ما يعمّ المال على العهده والخارج وغيرهما مما يقع مورد المخاصمه والمنازعه والمطالبه كدعوى الزوجيه والوصايه والطلاق إلى غير ذلک ممّا يكون عند العقلاء ملزماً باثباتها على الغير، فربّما يكون ما يذكره عند العقلاء محتاجاً إلى الاثبات ولكن يكون الأمر عند الشارع بالعكس وذلک لموافقته لما اعتبر الشارع فى حق الشاک.

وعلى ذلک فإن أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ وقالت الزوجه أسلمت قبلک فلا نكاح، فإنّ الاستصحاب فى ناحيه عدم اسلامهما معاً يعارضه عدم اسلام الزوجه قبل زوجها فإنّ اسلامهما معاً موضوع لبقاء نكاحهما واسلامها قبل اسلام زوجها موضوع لزواله فتصل النوبه إلى استصحاب بقاء نكاحهما ويوافقه قول الزوج فتكون المرأه مدعيه لزوال النكاح فعليها اثباته.

وقيل: إن قولها يوافق الظاهر لأنّ اسلامهما معاً خلاف الظاهر يعنى أمراً بعيداً، ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ موافقه الظاهر توجب كون من يوافقه منكراً، ولا يلاحظ معها موافقه الأصل، لأنّ الظاهر من قبيل الأماره ولاتصل النوبه إلى الأصل مع اعتباره، وكذا فيما لو حكم الشارع بتقديم قول من يوافق ذلک الظاهر وأمّا مع عدم ثبوت شىء من الأمرين كما هو الصحيح فلا اعتبار به فى تشخيص المدعى عن المدعى عليه.

وذكر صاحب الجواهر قدس سره أنّ المتعين هو القول بأنّ المدعى من ينشأ الخصومه

....

الشَرح:

فى حق له أو فى الخروج عن حق للغير كان عليه سواء كان قوله مخالفاً للأصل والظاهر أم موافقاً لاحدهما، وسواء ترک مع ترکه أم لم يترک، وعلى ذلک ففى مسأله اسلام الزوجين قبل الدخول لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلام الزوجه فكل منهما مدّعٍ فيكون المورد من موارد التحالف، وإن كان مصب الدعوى بقاء الزوجيه وعدم بقائها فالمرأه مدعيه.

أقول: إذاكان أحد المتخاصمين منشأ الخصومه فى حق له على الغير أو سقوط حق آخر كان عليه يكون قوله مخالفاً للأصل لا محاله، لأنّ ثبوت الحق كسقوطه أمر حادث مسبوق بالعدم.

وأمّا قوله قدس سره أنّه لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلامهما يكون كل منهما مدعياً ومنكراً فلا يخفى ما فيه، فإنّه إذا كان كل منهما مدعياً بالاضافه الى قوله ومنكراً بالاضافه إلى قول الآخر تكون الوظيفه مع عدم البيّنه التحالف، ولا معنى للتحالف فى مثل المقام ممّا لا يمكن الحكم معه، وإنّمايعتبر التحالف فيما إذا أمكن فصل الخصومه معه بسقوط الدعويين.

أضف إلى ذلک أنّ مجرّد الاختلاف فى مصب القولين كما فى قول أحدهما تقارن اسلامهما وقول الآخر تقدم اسلامها لا يوجب صدق الدعوى ما لم يتضمن دعوى الحق له أو سقوط ما كان للغير من الحق.

ثمّ لا يخفى أنّه ربّما يسمع قوله شخص أو أحد المتخاصمين مع اليمين أو بدونها مع كونه مدعياً عرفاً، كما إذا ادعى الودعى ردّ الوديعه وأنكر صاحبها ردّها، فإنّ الأكثر التزموا فى المسأله بتقديم قول الودعى وأنّه يحلف على الردّ، كما إذا ادعى الأمين تلف المال و قال المالک بقائه وعدم تلفه فإنّ ثبوت مثل هذا الحكم لا يدلّ على أنّ للمدعى

ويشترط البلوغ والعقل[1] وأن يدّعى لنفسه، او لمن له ولايه الدعوى عنه ما يصحّ

الشَرح:

معنى شرعياً، بل الحكم فى هذه الموارد إمّا لأنّ الشارع منع من اتهام الأمين مطلقاً كما قيل من أنّ الأصل فى الأمين عدم الخيانه فيكون قول من يخالفه دعوى، أو أنّه من قبيل التخصيص فى قولهم البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه يختلف صدق المدعى والمدعى عليه باعتبار تضمن القول مطالبه الحق أو سقوطه، فلو اختلفا وقال مالک المال انّه وهب المال وقال صاحبه أنّه باعه منه وأخذ الثمن وكان غرض البائع من دعوى الهبه الرجوع لبقاء عين المال وغرض صاحبه أنّه لا يجوز له الرجوع لبيع المال وقبض الثمن، فيكون المدعى هو المالک لجريان الاستصحاب فى ناحيه عدم الهبه، ولا يجرى الاستصحاب فى ناحيه البيع لاعتراف المالک بعدم استحقاقه المطالبه بالثمن واثبات الهبه بالاستصحاب فى عدم البيع مثبت.

وأمّا إذا كان المال تالفاً وقال المالک أنّ الواقع بينهما كان بيعاً بكذا فله المطالبه بالثمن وقال الآخر انّه كانت هبه فلايستحق عليه شيئاً فالمالک مدّعٍ، لأنّ الاستصحاب يجرى فى ناحيه عدم البيع ولايعارضه الاستصحاب فى ناحيه عدم الهبه لعدم الأثر للهبه فى الفرض واثبات البيع بنفيها من الأصل المثبت.

وما يقال من أنّ الميزان فى تشخيص المدعى عن المنكر مصب الدعوى، ينبغى أن يراد منه الغرض والمقصود فيما لامورد للأصل فى المصبّ إلاّ بلحاظ أثر هوالغرض والمقصود.

[1] حاصل ما ذكره قدس سره أنّه يعتبر فى المدعى أن يكون بالغاً عاقلاً وأن يدعى لنفسه أو لمن له ولايه الدعوى عنه وأن يدعى ما يصح منه تملكه ولو ولايه أو وكاله. وهذه القيود الأربعه معتبره فى كون شخص مدعياً ثمّ أردف على هذه القيود ولابدّ من كون

ص :308

منه تملّكه فهذه قيود اربعه، فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون ولادعواه مالاً لغيره إلاّ

الشَرح:

الدعوى صحيحه لازمه وكأنّ مراده قدس سره أنّ القيود الأربعه معتبره فى كون شخص مدعياً باضافه كون دعواه صحيحه لازمه.

وكيف ما كان يقع الكلام فيما يعتبر فى المدعى فنقول: لاينبغى التأمّل فى اعتبارالبلوغ والعقل فى سماع الدعوى لو كان المراد من سماعها القضاء فى الواقعه وفصل الخصومه والمرافعه فيها فإنّ المتصدى لواقعتهما مرافعه وليّهما، نعم فيما إذا لم يمكن لولى الصبى المرافعه كما إذا ادعى الصبى أنّ الغير جنى عليه بالجراحه أو سلب ثيابه ونحو ذلک أو حتى ما إذا ادّعى أنّ الغير يظلمه فى التصرّف فيأمواله ووضع يده عليها من غير ولايه أو وصايه أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولايه والوصايه فلا يبعد سماعها فيما إذا أحضر بيّنه أو ذكر أنّ له بيّنه أو احتمل القاضى علمه بظلامته إذا فحص الأمر فلايبعد السماع بهذا المعنى، حفظاً للنظام ودفعاً للظلامه إذا ثبتت. ولكن هذا غير السماع للقضاء فى واقعه الصبى، فإنّ الصبى لا يستحلف ولا يعتبر اقراره ولايرد عليه اليمين ولايجوز عليه أمره، اللّهم إلاّ أن يقال: أنّ عدم السماع بهذا المعنى يجرى عندهم فى دعوى الوكيل بل الولى أيضاً على ما تقدم.

وقد ذكروا أيضاً أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا ادعى مالاً للغير على شخص مع عدم الولايه والوكاله والوصايه بالاضافه إلى ذلک الغير، ويناقش فى ذلک بموارد دعوى المرتهن على غاصب العين المرهونه و دعوى الودعى والمستعير ونحوهما على غاصب الوديعه والعاريه، ويجاب عن ذلک بتعلّق حق الرهن أو الوديعه أو العاريه عنده، ولذا تسمع دعواها، ولكن يستشكل بأنّه إذا ثبت عند الحاكم كونها رهناً عنده بالشهود أو اليمين المردوده فلا يثبت كونها ملكاً لذلک الغير، لأنّ الدعوى بالاضافه إلى ملكيه الغير تبرعيّه.

....

الشَرح:

ويمكن الجواب عن ذلک بان اعطاء المدين رهناً أو إيداع شخص عنده مالاً أو دفعه إليه عاريه أو استيجار شخص للاحتطاب له ونحو ذلک يتضمن الاذن من المالک الدافع أو المستأجر فى حفظ ماله بأىّ نحو يكون به حفظه حتى ما كان بالمرافعه، وهذا المقدار من الاذن كافٍ فى التوكيل فى المرافعه التى يحفظ بها المال.

والمتحصّل فيما كانت الدعوى تبرعيه بحيث لا يتعلّق بها المدعى فلا تدخل الواقعه فى الخصومه المنازعه التى أمر أطرافها برفعها إلى العالم بالأحكام ونهى عن رفعها إلى قضاه الجور.

ولا ينتقض ذلک بموارد رفع الواقعه بالقضاء حسبه فإنّ الدعوى فيها مسموعه بلاكلام، ووجه عدم الانتقاض كما أنّ فى مورد التصرّف فى مال الغير حسبه يكون للمتصرّف ولايه ذلک التصرّف كما هو المقرر فى بحث الولايه وكذلک فى مورد لزوم المرافعه يكون للمحتسب ولايه الدعوى فى ذلک المال لمالكه القاصر أو الغائب.

ثمّ إنّه ربّما باعتبار الرشد فى المدّعى فلاتسمع دعوى السفيه، كما عن الاردبيلى وغيره، ولعلّ مراده ومراد غيره قدس سرهم الدعاوى الماليه، وإلاّ فلاوجه لعدم سماع دعواه على الغير بقذفه أو الجنايه عليه وكذا دعوى النكاح ونحوه ممّا لايكون تصرّفاً مالياً بل لعدم موجب لعدم سماع دعواه المالى إذا لم تنتهى إلى تصرّف فى أمواله، كما إذا ادّعى على الغير بأنّه قد باع من ولى المال الفلانى ويمتنع عن الإقباض.

وبالجمله: فيما كانت الدعوى منتهيه إلى تصرّف مالى من السفيه فى أمواله فلا تسمع تلک الدعوى لعدم تمكنه على ذلک التصرّف، وأمّا غيره فيدخل فيما دلّ على مشروعيه القضاء وفصل الخصومه والأمر بالقيام بالقسط والعدل بين الناس.

ص :310

أن يكون وكيلاً أو وصيّاً أو وليّاً أو حاكماً أو أميناً لحاكم، ولا تسمع دعوى المسلم خمراً او خنزيراً[1]. و لابدّ من كون الدعوى صحيحه لازمه[2] فلو ادعى هبه، لم تسمع حتى يدعى الإقباض وكذا لو ادعى رهناً.

الشَرح:

[1] عدم سماع دعوى المسلم فيما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير على العهده ظاهر، فإنّه لا يثبت على ذمه أحد للمسلم شىء منهما لعدم الماليه لهما شرعاً والعهده تكون مضمونه بالمال ومثل ذلک يدخل فى الدعوى الممتنع شرعاً، أمّا إذا ادعى ثمن الخمر أو الخنزير على عهده الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير على عهده الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير من كافر حال كفره أيضاً ثمّ أسلم، فإنّه بعد الاسلام يستحق الثمن على عهده الكافر أو حتى ما إذا أسلم ذلک الكافر أيضاً.

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام «قال: سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمراً أو خنزيراً إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحلّ له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه».(1)

وأمّا إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير خارجاً فاطلاق كثير من الأصحاب أنّها لاتسمع؛ لأنّ المسلم لايملک الخمر أو الخنزير، ولابد من حمل كلامهم على صوره عدم امكان تخليل الخمر، وإلاّ يثبت حقّ الاختصاص أوالمک ولو لم تكن بها ماليه شرعاً.

[2] ظاهر عطف اللزوم على الصحه وإن كان تغايرهما وأنّه يعتبر فى سماع الدعوى كون المدعى به تامّاً وكونه لازماً، إلاّ أنّ التفريع على اعتبارهما بقوله فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الاقباض لا يناسب التغاير، فإنّ الهبه المقبوضه لاتكون لازمه

1- (1) الوسائل: 12، الباب 61من أبواب مايكتسب به، الحديث 1:172.

....

الشَرح:

لجواز الرجوع فيها.

ولا يخفى أنّ التصريح بالصحّه فى الدعوى غير معتبر لظهور دعوى أىّ المعامله فى صحيحها، ولذايحمل الاقرار بها على الصحيح، ولعله لذلک اكتفى فى الدروس باعتبار اللزوم وقال: كل دعوى ملزمه معلومه فهى مسموعه فلاتصح دعوى الهبه بلا اقباض وكذادعوى الرهن ولادعوى البيع من غير أن ينضم إلى قوله ويلزمک تسليم المبيع، فإنّ مع عدم هذا الضم لا تكون الدعوى ملزمه لجواز فسخه بخيار المجلس.

وعن صاحب الجواهر قدس سره :أنّ المراد باللزوم الصحّه، فيكون عطف اللزوم على الصحّه تفسيرياً، وأنّه لا أجد فى ذلک خلافاً، ونقل عن الأردبيلى قدس سره : أنّه ما المانع عن سماع دعوى الرهن أو الهبه بلادعوى اقباض حيث يمكن للمدعى اثبات عقد الرهن أو الهبه أوّلاً ثمّ يدعى الاقباض و انّه لو كان كون المدعى به أمراً لازماً غير معنى الصحه فلايفيدضمّ دعوى الاقباض أيضاً فإنّ المتهب فيما كان غير ذى رحم يمكن للواهب الرجوع فيها فلا يلزم بضم دعوى الاقباض، ويلزم أيضاً عدم سماع دعوى البيع قبل انقضاء المجلس وزمان الخيار، ولا أظن أن يلتزم به أحد.

وقال: إنّ عقد الهبه أو الرهن بلا اقباض ليس بصحيح، أى ذا أثر ولا يعتبر فى سماع الدعوى إلاّ كونها على تقدير ثبوتها ذات أثر يستحقه المدعى، وهذا حاصل مع ضم دعوى الاقباض وان أمكن رجوع الواهب فيها، ومراد الدروس باللزوم ليس بمعنى عدم امكان الرجوع بالفسخ أو الاقاله ونحوهما، بل بحيث يكون للدعوى أثر يستحقّه المدعى على تقدير ثبوتها وضم قوله يلزمک تسليمه بمعنى أنّک لم تفسخ البيع إلى الآن بخيار المجلس أو غيره، لا أنّه لايمكن الفسخ بعد ذلک أصلاً.

أقول: يعتبر فى صدق الدعوى على الغير أن يكون للمدعى به أثر فعلاً أو

لو ادّعى المنكر فسق الحاكم، أو الشهود، ولابينه فادعى علم المشهود له، ففي توجه اليمين على نفى العلم تردد، اشبهه عدم التوجه[1] لأنّه ليس حقاً لازماً ولايثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنّه يثير فساداً.

الشَرح:

مستقبلاً، ومع عدم الأثر له كذلک لا معنى للدعوى عليه و لامورد فيه للمخاصمه كما إذا ذكر لصاحب المتاع انّک وهبتنى ولكن لم تقبض، وكذا لا مورد للدعوى فيما إذا كانت الخصومه بنفسها موجبه للانحلال المدعى به كما إذا قالت الزوجه لزوجها أيّام عدتها الرجعيه إنّک طلقتنى، وقال: ما طلقتک، ومن هذا القبيل إذا قال المتهب للواهب: انّک وهبتنى هذا المال الذى بيدى، قال: ماوهبتک، أو قال شخص لآخر: انّک أوصيت إلىّ، قال: ما أوصيتک، ففى مثل هذه الموارد لا مورد للدعوى ولا للمرافعه ورفع الخصومه إلى الحاكم للقضاء.

وما فى كلمات الأصحاب فى دعوى الهبه المقبوضه لم يفرضوا أنّ المدعى عليه فى دعواها هو الواهب ليكون انكاره الهبه رجوعاً، بل يمكن أن يكون المدعى عليه الوارث كما لايخفى.

نعم لو كان مع انحلال المدعى به أيضاً حق للمدعى كما فى دعوى البيع على صاحبه فى زمان خيار صاحبه مع قبضه الثمن تكون دعوى البيع عليه الزاماً بأحد الأمرين إمّا الوفاء وإمّا ردّ الثمن.

[1] لو ادعى المنكر على المدعى علمه بفسق الحاكم أو الشهود له، ولم يكن للمنكر بينه لاثبات فسق الحاكم عند حاكم آخر أو اثبات فسق الشهود عند الحاكم الأوّل أو الآخر فلاتسمع دعواه، أى لا يتوجّه اليمين على المدعى بأن يحلف على عدم علمه بفسقهما، وإذا لم تسمع دعوى المنكر فى الفرض فلايترتب على نكول المدعى ثبوت دعوى المنكر على القول بثبوت الدعوى بمجرّد النكول، ولاباليمين المردوده

....

الشَرح:

بناءً على عدم كفايه نكول المدعى عليه بمجرّده فى الحكم بثبوت الدعوى.

وذكر رحمه الله فى وجه عدم السماع وجهين:

الأوّل: أنّ الدعوى ليست ملزمه على المدعى بمعنى أنّه لو كان عالماً بفسق الشهود أو الحاكم لا يضرّ علمه هذا باستيفاء حقه من المنكر لثبوت حقه، واقعاً ولا ينافى أيضاً بأنّه لو اعترف المشهود له بفسق الحاكم أو الشهود يلزم باقراره.

الوجه الثانى: أنّ سماع دعوى المنكر علم المشهود له بالحال، يعنى فسق الحاكم أو الشاهد يوجب الفساد، حيث إنّ السماع بلا بينه جرأه على الاستطاله على الحكّام والقدح فى الشهود.

أقول: لم يظهر الوجه فى عدم لزوم الدعوى على المحكوم له عِلمَهُ بفسق الحاكم عندحكمه، لما تقدّم من أنّ المراد بلزوم أن يكون للمدعى به أثر عملى وفى ما نحن فيه الأثر موجود وهو جواز المنكر عن العمل بقضائه بعدم اعطاء الحق للمشهود له أو استرداده منه ثانياً، ولذا لو اعترف المشهود له بذلک ترتب عليه هذا الأثر بلا كلام، وهكذا الحال فى الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الشهود له.

نعم يمكن أن يقال بعدم سماع دعوى الفسق على المدعى المحكوم له بلا بيّنه فإنّ هذا يوجب اجتراء الناس على نقض الأحكام الصادره عن القضاه وامتناع الشهود عن الحضور للشهاده حذراً من القدح فيهم، ولو اغمض عن ذلک فلا موجب لرفع اليد فى المقام عن اطلاق ما دلّ على أنّ البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وربّمايعلّل عدم السماع فى المقام بأنّه لا يمكن فى المقام الحكم ببطلان القضاء الأوّل بنكول المدعى عن الحلف على عدم علمه بفسق الحاكم أو فسق الشهود له، كما لا يمكن الحكم بذلک باليمين المردوده عن المحكوم له إلى المنكر المدعى بعلم

وكذا لو التمس المنكر يمين المدعى، منضمه إلى الشهاده، لم يجب اجابته لنهوض البينه بثبوت الحقّ[1].

الشَرح:

المحكوم له، ويستظهر ذلک من عباره الماتن أيضاً حيث إنّه قدس سره لم يأت بال «فاء» فى قوله لايثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، بل أتى بال «واو» وقال: ولا يثبت بالنكول واليمين المردوده، ولكن التعليل ضعيف فإنّه لامانع عن الالتزام بعد توجّه اليمين على نفى العلم بالمحكوم له أن يحكم ببطلان الحكم بنكوله أو باليمين المردوده.

[1] على المشهور، والوجه فى ذلک أنّ المدعى يثبت دعواه بالبينه، فلايحتاج إلى ضم اليمين كما هو مقتضى التفصيل الوارد بأنّ البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه بعد تقييده بأنّ اليمين على المدعى عليه فيما لم يقم المدعى البينه بحقّه، ويشهد لذلک صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينه على حقّه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا»(1)، ونحوها صحيحه أبى العباس.(1)

نعم فى خبر سلمه بن كهيل عن على عليه السلام فى آداب القضاء قوله عليه السلام لشريح: «وردّ اليمين على المدعى مع بيّنته فإنّ ذلک أجلى للعمى وأثبت فى القضاء»(2)، ولكن قد تقدم ضعف سنده، ومع الغمض عنه يحمل على الاستحباب جمعاً، بل لظهور كونه أثبت للقضاء وأجلى للعمى فيه كما لا يخفى.

أمّا ما فى مكاتبه الصفار إلى أبى محمّد عليه السلام «هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين»(4) فقد تقدم سابقاً أنّها معرض عنها عند المشهور، ومع الاغماض عنه أنّها وارده

1- (2) المصدرنفسه: الحديث 4: 178.
2- (3) المصدرنفسه: الباب 28 من أبواب الشهادات، الحديث 1:273.

....

الشَرح:

فى شهاده الوصى للميت فيمكن أن يكون وجه الحاجه عدم سماع شهاده الوصى للميت، ولذا يحتاج إلى يمين المدعى أو يرفع اليد عن الاطلاق المتقدم فيما كان أحد الشاهدين للميّت وصيّه.

ثمّ إنّه لا فرق فى عدم وجوب الاجابه بين موارد دعوى الدين على المدعى عليه أو دعوى العين، كما هو مقتضى اطلاق ما تقدم.

وعن القواعد أنّه بعد أن ذكر الحكم المزبورقال: لو التمس المنكر بعد اقامه البينه عليه استحلاف المدعى على الاستحقاق أُجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم اجابته.

وفسّره فى الجواهر أنّ المراد بالثانى موارد دعوى العين وانّ المنكر الذى بيده العين لو التمس يمين المدعى مع بيّنته لم يلزم اجابته لأنّ البيّنه تثبت الملكيه الفعليه للمدعى وتكون معارضه مع يد المنكر فتقدم على اليد لأنّه لا اعتبار باليد مع البينه على خلافها، والمراد بالفقره الأُولى دعوى الدين فإنّ المنكر المدعى بالبراءه عن الدين لو التمس الحلف بأن يحلف المدعى على استحقاقه الدين عليه بعد البينه بأصل الدين أُجيب إليه الحاقاً للمورد بمورد الدعوى على الميت، لأنّ البينه فى المقام أيضاً قد شهدت بأصل الدين، غايه الأمر فرق بينهما من جهه أُخرى، وهو أنّ الدعوى على الميت تحتاج إلى اليمين مع البينه المعبّر عنها بيمين الاستظهار بلافرق بين سؤال المدعى عليهم أم لا، بخلاف المقام فإنّ استحقاق اليمين موقوف على سؤال المنكر.

ثمّ نقل عن المبسوط ما ظاهره أنّه لو طلب المنكر الحلف على بقاء الدين وعدم سقوطه أُجيب إليه، أمّا إذا طلب الحلف على أصل ثبوت الدين بأن قال أنّه برى ء من الأوّل لم يلزم الجواب، و وجه الظهور أنّه تعرض الشيخ قدس سره لكيفيه حلف المدعى

وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد[1] منشأه أنّ الإقرار لايثبت حقاً فى نفس الأمر بل إذا ثبت قضى به ظاهراً.

الشَرح:

والمحلوف عليه فيها بقاء الدين على العهده.

أقول: لو كان المنكر لأصل الدين مدعياً بأنّه قد أبرأه داينه، أو أنّه اقتضى دينه فهذه دعوى على داينه ولو لم يكن انكاره الأوّل تكذيباً لهذه الدعوى، كما إذا اعتذر عن انكاره بعدم البينه له بالابراء أو الاقتضاء واعتقاده عدم تمام البينه للمدعى يكون له استحلاف المدعى فيما إذا شهدت بينته بأصل الدين، وأمّا إذا لم يكن مدعياً بأن قال: أنّى احتمل ابرائه عهدتى ونحوه فلاتسمع ليتوجه إلى خصمه اليمين.

والحاصل: لا يقاس المقام بالدعوى على الميت، حيث لا يعتبر فى المدعى عليه البيّنه مجرّده، والتعليل الوارد فيه فى الحاجه إلى يمين المدعى مع ضعف مستنده لا يعمّ المقام، فإنّ من عليه الدين فى المقام حىّ فعليه اقامه البينه على اداء دينه كما لا يخفى.

[1] إذا لم تكن الدعوى على الغير ثبوت الحق له واقعاً، بل كانت دعواه أن ذلک الغير اعترف بأنّ له حقّ كذا عليه أو مال كذا بيده فهل يتوجّه اليمين إلى الخصم فيما أنكر اعترافه أو أنّه لاتسمع الدعوى المزبوره إلاّ بقيام البينه باعترافه بالحق؟

قيل: لا تسمع دعوى الإقرار بدونها فإنّه يعتبر فى توجه اليمين على المنكر أن يدعى عليه الحق الواقعى والاقرار وأن يؤخذ به المقرّ إلاّ أنّه لا يقتضى ثبوت الحق واقعاً، فلاتكون دعوى اعترافه اخباراً بثبوت الحق الواقعى له.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ صدق الدعوى على دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار وقد تقدم أنّه لا يعتبر فى المدعى به إلاّ كونه ذا أثر

ولاتفتقر صحه الدعوى إلى الكشف، فى النكاح ولاغيره[1] وربّما افتقرت إلى الشَرح:

فيعمه قولهم عليهم السلام «البيّنه على المدعى واليمين على المدعى عليه»(1)، ويظهر ذلک عن القواعد والمسالک والايضاح وغيرها.

و على ذلک فإن نكل المنكر يحكم ثبوت الحق ولو بعد ردّ اليمين على مدعي اقراره سواء حلف المدعى على اعترافه أو على ثبوت الحق له واقعاً، لأنّ اعتراف خصمه طريق إلى ثبوت ذلک الحق له فيكون حلفه عليه مع العلم وإن لم يعلم الحق بسببه الواقعى، كما لا يبعد عدم الزام الخصم بخصوص الحلف على عدم اقراره له بل يكفى حلفه على عدم الحق عليه أو عنده.

وهذا نظير ما يقال: إنّه إذا ادعى عليه الاقتراض أو البيع منه نسيه ليثبت اشتغال ذمته يجوز له الحلف على براءه ذمته.

لا يقال: إذا كان مقترضاً أو مشترياً، ولكن قد أدى ما عليه يتعين الحلف على البراءه، ولا يجوز له الحلف على عدم الاقتراض أو الشراء.

فإنّه يقال: قد ذكر فى بحث حرمه الكذب الكلام فى جواز الكذب والحلف كاذباً لدفع الضرر عن نفسه وماله وعرضه، فيدخل المقام فى تلک الكبرى.

[1] ذكر قدس سره أنّه لا يتوقف سماع الدعوى بلزوم مطالبه الجواب عن الخصم وتوجّه اليمين إليه مع انكاره على الكشف عن خصوصيات المدعى به.

وقال فى الجواهر فى ذيل ذلک: لا يتوقف سماع دعوى الملک على بيان سببه سواء ادعى العين أو الدين بلاخلاف، بل الاجماع على قسميه على ذلک، بل قيل انّه لا خلاف فى ذلک عند العامه أيضاً، وكذا إذا كان المدعى به النكاح أو غيره من العقود بأن يتوقف سماع دعوى النكاح أو الزوجيه على الكشف عن خصوصياته بأن يقول

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 5:171.

ذلک فی دعوی القتل[1] لأنّ فائته لا یستدرک.

الشَرح:

وقع فی زمان کذا و مکان کذا بعقد دائم فی حضور فلان وفلان و نحو ذلک، بلاخلاف عندنا، وعن الشافعی الحاجه إلی الکشف فی النکاح مطلقاً فی وجه، وفی وجه آخر یحتاج إلی الکشف فیما کان المدعی به الزوجیه، أمّا إذاکان النکاح فلایحتاج، وعن بعض أصحابه أنّ الکشف مستحب، وعن بعض آخر من أصحابه أنّ الحاجه إلی الکشف فیما کان المدعی به النکاح حدوثاً وأمّا إذا ادّعی بقائه فلایفتقر إلی الکشف. وللشافعی أیضاً قول بالاحتیاج إلی الکشف فی غیر النکاح من العقود مطلقاً، وفی وجه آخر فیما إذا کانت الدعوی متعلقه بالجاریه وذلک للاحتیاط فی الفروج.

أقول: صدق الدعوی علی الغیر التی تکون البینه فیها علی المدعی والیمین علی المدعی علیه لا تتوقف علی الکشف، والتفصیل فی دعوی الملک من غیر فرق بین دعوی العین أو الدین، وکذا غیر الملک، إلاّ أنّه یلزم أن تکون الدعوی متضمنه بمایطالب الآخر به أو سقوط ماکان للآخر علیه، وعلی ذلک فمجرّد قول المرأه أنّها زوجه فلان من غیر أن تتضمن مطالبتها بصداقها أو غیره لایحسب أنّها دعوی عن الرجل، حیث تحتمل الزوجیه الانقطاع، ومعه لایکون مجرّد الکشف عنها مطالبه الرجل بشیء، نعم لا یعتبر أن یکون الکشف قبل سؤال الحاکم أو ارشاده بأنّ الدعوی أن یقول انسان شیئاً یطالب خصمه به، وهذا بخلاف دعوی الرجل زوجیه امرأه فان دعواها تتضمن مطالبه المرأه بحق الاستمتاع منها.

[1] ظاهر کلامه قدس سره أنه قد یفتقر سماع الدعوی فی القتل إلی الکشف عن الخصوصیات وعلّله بأنّ فائته لا یستدرک، وأضاف علیه فی الجواهر اختلاف أسبابه قیل فلابدّ من وصف القتل بالعمد أو الخطأ وبأنّه قتله وحده أو مع غیره بالمباشره أو التسبیب، وحکی عن المبسوط الاتفاق علی ذلک، وقال إن لم یثبت الاجماع علی ذلک

ولو اقتصرت على قولها هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح ولايفتقر ذلک إلى دعوى شىء من حقوق الزوجيه لأنّ ذلک يتضمن دعوى لوازم الزوجيه [1] ولو انكر النكاح لزمه اليمين ولو نكل قُضى عليه على القول بالنكول وعلى القول الآخر تردّ اليمين عليها فإذا حلفت ثبت الزوجيه وكذا السّياقه لو كان هو المدعى.

الشَرح:

فلا يخلو اعتبار الكشف عن الاشكال لأنّ الاعتبار وعدم سماع الدعوى قد يوجب ذهاب دم امرى ء مسلم. كما إذا نسى المدعى الخصوصيه أو لم يتعرض لها لتردده فيها.

بل قد يقال: إذا أحرز القتل فيمكن احراز كونه خطأ بالاصل، ولذا قال فى الدروس والمصنّف فى كتاب القصاص الأقرب الاكتفاء فى دعوى القتل بعدم التفصيل وكما عن الأردبيلى قدس سره ، بل ربّما يظهر من المصنّف رحمه اللّه فى المقام التأمّل فى اطلاق اعتبار التفصيل، حيث عبّر بكلمه ربّما افتقرت إلى ذلک فى دعوى القتل.

وبالجمله: لا فرق بين دعوى القتل وغيره وأنّه إذا فرض عدم ترتب أثر على الكلى فى غيره أيضاً لم تسمع الدعوى به وإلاّ سمعت.

أقول: ماذكره قدس سره أخيراً لعلّه ما ذكرناه فى ذيل قول الماتن قدس سره ولا يفتقر صحّه الدعوى إلى الكشف فى النكاح.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو قالت المرأه فى مقام الدعوى أنّ هذا زوجى لكفى فى السماع ولايتوقف على شىء من حقوق الزوجيه، لأنّ قولها هذا زوجى يتضمن المطالبه بتلک الحقوق، ولا يخفى أنّ هذا ما ذكرنا سابقاً من اعتبار ظهور الدعوى فى مطالبه الآخر بحق أو مطالبته برفع اليد عمّا كان له من الحق سواء أكان هذا بالذكر فى الدعوى أم بقرينه المقام، هذا فى قول الزوجه، أمّا إذا ادّعى الرجل زوجيه امرأه فقد تقدم أنّ قوله: هذه زوجتى، يكون بمجرّده دعوى عليها.

....

الشَرح:

وكيف ما كان فقد ذكر قدس سره كما عليه المشهور فى كلامهم: أنّ الرجل إذا أنكر كونه زوجاً لهايتوجّه إليه اليمين مع عدم البيّنه للمرأه كما هو الفرض، وإنّه لوحلف على عدم الزوجيه سقطت دعواها ولو نكل يحكم بكونه زوجاً لها بناءً على أنّ النكول كافٍ فى الحكم فى ثبوت المدعى به. وعلى القول الآخر يرد اليمين على المرأه ويحكم بثبوت دعواها بحلفها، وكذا الكلام فيما كان الرجل مدعياً بأن قال: هذه زوجتى، وأنكرتها المرأه، فتتوجه اليمين على المرأه، فإن حلفت سقطت دعواه، وإن نكلت يحكم بثبوت الزوجيه بمجرّد النكول أو مع حلف الرجل بردّ اليمين عليه على القولين، وعن العلاّمه فى التحرير: أنّه لو حلفت المرأه على الزوجيه يشكل القول بجواز تمكين الرجل منها لإقرار الرجل بحرمه ذلک عليه وأنّها ليست بزوجته ومن حكم الحاكم بالزوجيه.

أقول: يجرى الاشكال فيماإذاكان الرجل مدعياً وإنّه لا يجوز للمرأه تمكين الرجل من نفسها لاعترافها بأنّه أجنبى.

وذكر فى الجواهر فى ذيل كون الرجل مدعياً والمرأه منكره أنّ مع الحكم بثبوت الزوجيه بمجرّد نكولها أو مع اليمين المردوده على الرجل أنّه يثبت على الرجل المهر بوطئها إن قهرها أو قلنا بوجوب التمكين عليها مع حكم الحاكم بالزوجيه، أو كانت المرأه معتقده بوجوب التمكين مع الحكم وانّ المرأه لا تستحق شيئاً بدون الوطى لاعترافها بعدم استحقاقها بشىء من المهر بدون الوطى، وفى كشف اللثام يجب فى هذا الفرض يعنى كون الرجل مدعياً نفقتها عليه لحبس المرأه على الرجل، وقال: وفيه نظر؛ انتهى.

ولا يخفى أنّه لو كانت هى المدعيّه للزوجيه وأثبتها بالنكول أو اليمين المردوده عليها يجوز لها الزام الزوج بنفقتها لكونها زوجه بزعمها واثبتتها بالحكم والمفروض

....

الشَرح:

تمكينها من الرجل، وهذا تمام الموضوع للزوم النفقه على الزوج.

بخلاف ما إذا كان الرجل مدعياً لها وأثبتها بنكولها أو باليمين المردوده عليه، فإنّه لا يجوز لها الزام بنفقتها لاعترافها بأنّها لا تستحق النفقه عليه، ومجرّد حبسها عليه لا يوجب الفرق بين المهر مع عدم الدخول وبين نفقتها، فإنّها كما لا تستحق مع عدم الدخول المهر أخذاً باعترافها كذلک الأمر فى نفقتها ولو مع الجبر عليها بالدخول، والأمر فى ميراثها من زوجها كذلک.

ثمّ إنّ الاشكال فى الميراث وجواز التمكين والمطالبه بالنفقه تجرى حتى فيما إذا أثبت المدعى بالزوجيه بالبيّنه، كما يظهر وجهه للمتأمّل.

وظاهر كلماتهم كما ذكرنا سابقاً ويظهر من كلام الماتن قدس سره أيضاً أنّ اليمين فيما إذا توجهت على المدعى عليه فله ردّها على المدعى فإن حلف ثبتت دعواه، وإلاّ سقطت وإنّه إذا لم يحلف المدعى عليه ولم يردّها على المدعى يحكم بثبوت الدعوى أيضاً بالنكول أو باليمين المردوده من قبل الحاكم بلافرق بين دعوى الماليات أو الأعراض والنفوس والأطراف. بل عن بعض دعوى عدم الخلاف أو اتفاق الأصحاب عليه.

ويستدل على ذلک بعده روايات، منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام «فى الرجل يدّعى ولا بيّنه له؟قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»(1)، ونحوها معتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له»(2)، فإنّ مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الحق مالاً أو

....

الشَرح:

غيره، وفى صحيحه هشام عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تردّ اليمين على المدعى».(1)

وقد ذكرنا سابقاً أنّ المراد بالحق فى مثلها دعوى المال ديناً أو حتى عيناً بقرينه أمرين:

أحدهما: كثره اراده المال من الحق عند اطلاقها، كما فى جمله من الروايات الوارده فى ثبوت دعوى الحق بشاهد ويمين، وما ورد فى الدعوى على الميت كروايه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه المتقدمه(2)، ونظير مرسله أبان عن رجل عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينه؟ قال: يستحلف المدعى عليه فإن أبى أن يحلف وقال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فإنّ ذلک واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله».(3) ولا يحتاج فى اثبات كون اطلاق الحق يراد به المال إلى ملاحظه السند فى الروايات الداله عليه كمايظهر وجهه للمتأمّل، فإن تعارف الاستعمال لا يحتاج إلى ثبوت وثاقه الراوى.

وثانيهما: وهوالعمده ظهوربعض الروايات كمعتبره عبيد بن زراره فى تخيير المدعى عليه بين الحلف والرد، ولايمكن الالتزام بذلک إلاّ فى مثل الماليات، فإن رد اليمين من المنكر لقتل العمد على مدعيه ممّا لايحتمل جوازه، وكذا فى موارد دعوى الزوجيه المأمور كل من المتخاصمين بحفظ الفرج. وعلى ذلک فلايبعد الالتزام باختصاص مسأله ردّاليمين إلى الدعاوى الماليه وفى غيرها مع اباء المنكر عن اليمين يجبر على الاقرار أو الحلف، ومع عدم امكانه يقف القضاء، ولو قيل باطلاق ردّ اليمين فلا ينبغى التأمّل فى عدم جواز ردّها على المدعى من المنكر العالم بالحال فى الموارد المشار إليها.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 5:176.
3- (3) المصدرنفسه: الباب 4 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:173.

ولو ادعى أنّ هذه بنت امته، لم تسمع[1] دعواه لاحتمال أن تلد فى ملک غيره، ثم تصير له وكذا لو قال، ولدتها فى ملكى لاحتمال أن تكون حره وملكاً لغيره وكذا لاتسمع البيّنه بذلک، ما لم يصرّح بأنّ البنت ملكه و كذا البيّنه.

الشَرح:

[1] ذكر أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا قال هذه بنت أمته، فإنّ القول المزبور لا يعدّ دعوى بملكيّه البنت لاحتمال كونها بنتاً لأمته ولم تكن مملوكه له، كما إذا صارت أمّها ملكاً له بعد أن تلدها فى ملک غيره، وكذا لا تسمع الدعوى بأنّها ولدتها فى ملكه لاحتمال كون البنت حره، كما إذا وطئها حرّشبهه أو بالتحليل أو ملكاً لغيره ولو بالشرط فى شراء امّها أو غير ذلک.

والحاصل: سماع دعوى ملک البنت يحتاج إلى ذكر أنّ البنت ملكه، وكذا يعتبر فى سماع البينه بملک البنت تصريح الشهود بأنّ البنت ملكه ومثل القول فى بنت الأمه، القول فى ثمره النخل، ولو قال هذه مشيراً إلى ما فى الخارج ثمره نخلى لا تسمع مالم يذكر أنّها ملكى، وكذلک الأمر فى الاقرار فإنّه إذا اعترف بأنّ ما بيده ثمره نخل فلان، أو أنّ هذه البنت بنت المملوكه لفلان فلا يلزم بأنّ الثمره أو البنت بيده ملک الغير، وهذا فيما فسرّ اقراره بنحو لا ينافى كون الثمره أو البنت ملكاً لنفسه وليس كذلک الاعتراف بأنّ الغزل بيده من قطن فلان أو الدقيق بيده من حنطه فلان، فإنّه يلزم باعترافه ويحكم بأنّ الغزل أو الدقيق لفلان، والفرق أنّ الغزل أو الدقيق نفس القطن والحنطه قد تغيّر وصفهما بخلاف الثمره فإنّه من النماء المنفصل وكذا بنت الأمه.

أقول: ينبغى التعرض لأُمور تتعلّق بكلامه قدس سره :

الأوّل: ما ذكره أنّها لايسمع قوله فيما كذا قال مشيراً إلى البنت ولدتها اُمّها فى ملكى، فإنّه نقل فى الجواهر عن لقطه المبسوط والتذكره سماع الدعوى والبيّنه، بل فى التذكره دعوى الاجماع عليه، وذكر فى وجه السماع ولعلّه لاصاله تبعيه النماء للأصل

ومثله لو قال: هذه ثمره نخلى. وكذا لو أقرّ له من الثمره فى يده، أو بنت المملوكه، الشَرح:

ولكن هذا الأصل يعتمد عليه مع عدم يد الآخر على النماء حيث لا اعتبار للأصل المزبور ولابغيره ممّا هو أقوى من هذا الأصل، وكلام الأصحاب فى المقام فى الدعوى على الآخر فيكون المفروض فى كلامهم كون البنت بيد الآخر، ولايقاس بباب اللقطه المزبور فيه عدم اليد لآخر أو اعترافه بأنّ ما بيده ليس ملكاً له.

أقول: انقطاع الأصل المزبور بقاعده اليد يوجب أن يكون صاحب اليد هو المدعى عليه، ومن قال للآخر: ما بيدک من البنت ولدتها أمها فى ملكى مدّعياً، لا أن لا تسمع دعواه.

وبالجمله: لو كان لقوله فى مقام الدعوى هذه البنت ولدتها أُمّها فى ملكى ظهور فى دعوى ملكيته البنت لمالک الأم كما هو المفروض فاللازم سماع الدعوى، بل الأمر كذلک لو قال فى مقام الدعوى أنّها بنت أمته وإن لم يكن هذا الظهور بأن لم يكن القول المزبور فى ذلک المقام، كما إذا كانت البنت بيده وقال ذلک جواباً عمّن يدعى ملكيه البنت يكون ظاهره الإنكار، وقد تقدم أنّه لا يعتبر فى سماع الدعوى وترتيب مايترتب عليها إلاّ ظهور قوله فى الدعوى على الغير ولو كان الظهوربقرينه المقام.

الثانى: أنّه قد قيد الماتن قدس سره عدم سماع الاقرار بأنّ ما بيده من الثمره نخل فلان أو البنت بنت المملوكه لفلان بما إذا فسّر المقرّ قوله بما لا ينافى مالكيته نفسه للثمره والبنت، ومقتضاه أنّه إذا لم يفسّر المقرّ قوله يكون اقراراً بملكيّه الغير للثمره أو البنت.

وعليه فيشكل الأمر بين كونهما بيد الغير وقال: أنّها ثمره نخلى أو بنت مملوكتى فلاتسمع لأنّه لايكون دعوى على الغير وبين كونهما بيده وقال الثمره لنخل زيد أو البنت بنت أمه زيد فيحسب مع عدم التفسير اقراراً على نفسه، مع أنّه لو اعتبر الظهور لاعتبر فى كلا المقامين وان اشترط التصريح لم يقيد عدم سماع الاقرار بصوره التفسير

لم يحكم عليه بالإقرار، لو فسره بما ينافى الملک. ولا كذا لو قال: هذا الغزل من؟ قطن فلان، أو هذا الدقيق من حنطته.

الشَرح:

بل لايسمع مطلقاً كعدم سماع الدعوى.

وقد تعرّض للاشكال فى المسالک وذكر أنّ العلاّمه فى القواعد والتحرير تبع المصنّف رحمه اللّه فى تقييد الإقرار، وأجاب فى الجواهر عن الاشكال بأنّه لايظهر من عباره المصنف أو العلاّمه اعتبار التفسير بنحو التقييد فى عدم سماع الاقراربأنّ يعقب قوله هذه ثمره نخلتک بقوله ولكنها ملكى بلافصل، بحيث لو فسّره بقوله ولكنهاملكى بعد حين لم يسمع التفسير لأنّه من الانكار بعد الاقرار، بل المراد أنّه لا يحكم على القول المزبور بأنّه اقرار ولو فسّره بعد حين بمالا ينافى الملک و ليس ذلک إلاّ لعدم كونه اقراراً بملک الغير فى نفسه.

أقول: ما ذكر الماتن قدس سره فى الغزل والحنطه قرينه واضحه على كون مراده من التفسير غيرصوره عدم التعقيب بلافصل وإنّه لا يكون اقراراً مطلقاً.

الثالث: أنّه قدس سره ذكر أنّ هذا الغزل من قطن زيد أو هذا الدقيق من حنطته يسمع ويلزم بالاقرار، ولكن لابدّ من حمل ذلک على صوره عدم تعقيبه بلا فصل بما لا ينافى ملكيته نفسه، كأن يقول: قطن فلان أى اشتريته منه، وكذا فى الحنطه، وهذا ما ذكرنا أنّ ما ذكره فى الغزل والدقيق قرينه على أنّ المراد من التفسير فى الثمره والبنت صوره عدم التعقيب.

الفصل الثانى

فى التوصل إلى الحقّ [1]

من كانت دعواه عيناً فى يد انسان، فله انتزاعها و لو قهراً، ما لم يكن فتنه، ولا يقف

الشَرح:

[1] قد ذكر تقسيم الحق إلى العقوبه والمال، فالأوّل كالقصاص وحدّ القذف، وادعى أنّ الاستيفاء فى الأوّل يحتاج إلى مراجعه القاضى والحاكم، لعظم خطره والاحتياط فيه وإنّ استيفاءه من وظيفه الحاكم على ما تقتضيه السياسه وزجر الناس.

وفى الكفايه لا أعرف فى ذلک خلافاً، وفى الجواهر أنّ اطلاق السلطان على ولى الدم فى قوله سبحانه: «وَمَن قُتِلَ مُظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً»(1) وتسلّط الناس على استيفاء حقوقهم اسقاطاً واستيفاءً يقتضى عدم اعتبارالرفع إلى الحاكم مع معلوميه الحال واقرار من عليه الحق، كما يقتضى أنّ المباشر للاستيفاء من له الحق لا الحاكم.

أقول: يأتى فى باب الحدود أنّ اجراء الحد من وظيفه الحاكم لا فرق بين كونه من حق الناس كالقذف أو غيره لاطلاق بعض ما ورد فيه، بل يظهر من بعض الروايات أنّ حق القصاص أيضاً كذلک، فيكون المراد من سلطنه ولى الدم اتباع نظره فى الاستيفاء والاسقاط، كما هو كذلک فى حق القذف أيضاً، نعم قد ورد فى بعض الحدود الترخيص للكلّ فى اجرائها مع كونها من حدود اللّه سبحانه كالحد فى سب النبى صلى الله عليه و آله

1- (1) الاسراء: 33.

....

الشَرح:

وسائر المعصومين عليهم السلام ، وكذا فى حد ارتداد الرجل عن فطره، وتمام الكلام فى محلّه، والكلام فى المقام فى الحق المالى.

فقد ذكر الماتن قدس سره كغيره أنّ من كانت دعواه عيناً بيد الغير مع اعتراف ذلک الغير بأنّها أو مع عدم اعترافه يجوز للمدعى أخذها منه قهراً ما لم تكن فتنه، ولا يحتاج الأخذ إلى الاذن من الحاكم الشرعى، و ربّما قيل وإن استلزم الأخذ ضرراً على المأخوذ منه كتمزيق ثوبه وكسر القفل ونحو ذلک، بل وإن أثار فتنه بنحو لاتصل مرتبه يمكن معها دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل يترتب عليه الفساد المزبور، حتى ما إذا كان الفعل مع قطع النظر عن هذا الترتب من المباح أو المستحب بل الواجب، ولا يعتبر أن يكون ترتب الفساد المزبور بنحو المعلوميّه، بل يكفى فى عدم الجواز كونه مظنه لذلک الفساد، كما يظهر ذلک ممّا ورد فى بيع الوقف أنّه حصل من الاختلاف تلف الأنفس والأموال و ربّما يشير إليه قوله سبحانه: «إِلاَّ تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَهٌ فِى الأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ».(1)

أقول: إذا كان من بيده المال معترفاً بأنّ المال له أو على علم بأنّه له فلا ينبغى التأمّل فى جواز الأخذ ولو قهراً عليه وان استلزم ذلک الضرر على الممسک بالمال بلاحق لسقوط حرمه ما يتلف عليه فى الأخذ المزبور، بل يجوز الأخذ بأى ضرر عليه فيما إذا كان ذلک للدفاع عن ماله كما إذا توقف الأخذ على ذلک.

وأمّا إذا لم يكن المأخوذ منه معترفاً ولاعالماً بأنّ المال بيده للغير فإن أمكن أخذ ماله من يد الممسک به من غير أن يستلزم التصرّف فى مال آخر للممسک أو ضرر

1- (1) الأنفال:73.

ذلک علی اذن الحاکم ولو کان الحقّ دیناً، و کان الغریم مقرّاً باذلاً لم یستقل المدعی بانتزاعه[1] من دون الحاکم، لأنّ الغریم مخیّر فی جهات القضاء، فلا یتعین الحق فی شیء دون تعیینه، او تعیین الحاکم مع امتناعه.

الشَرح:

بکسر قفله و نحوه ففی جواز الأخذ مع امکان المراجعه إلی الحاکم والأخذ بقضائه ولو کان جائراً اشکال، لعدم اضطراره إلی التصرّف المحرم لترتفع حرمته.

نعم لا تبعد المقاصه فی الفرض من ماله لاطلاق بعض الروایات الوارده کصحیحه أبی العباس البقباق «أنّ شهاباً ما راه فی رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلک ألف درهم، قال أبوالعباس: فقلت له: خذها مکان الألف الذی أخذ منک فأبی شهاب، قال: فدخل شهاب علی أبی عبداللّه علیه السلام فذکر له ذلک، فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ وتحلف».(1) فإنّها تعم صوره کون الألف الذاهب عیناً أو دیناً، کما تعم صوره بقاء الألف وعدمه. وفی صحیحه داود ابن رزین قال: «قلت لأبی الحسن موسی علیه السلام أنی أخالط السلطان فتکون عندی الجاریه فیأخذونها والدابه الفارهه فیبعثون فیأخذونها ثم یقع لهم عندی المال فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک ولاتزد علیه»(2)فإنّها تعم صوره امکان الأخذ بماله بالقضاء وعدمه.

[1] یملک الدائن فی موارد الدین المال علی ذمه المدین، وانطباق ما فی ذمته علی المال الخارجی یتوقف علی قصد الدافع بالمال المدفوع خارجاً اداء ما بذمه المدین سواء کان الدافع هو المدین أو وکیله أو ولیّه أو المتبرع، ویتعین المال المدفوع فی الاداء بقبض الدائن مباشره أو توکیلاً أو ولایه أو اجازه الدائن القبض الواقع فضولاً.

وبالجمله: یکون اداء الدین وتعیّنه فی المال الخارجی بقصد الاداء من الدافع وقبض المستحق کما ذکر، حیث إنّ اداء الدین من العناوین القصدیه، فلایتحقق إلاّ

1- (1) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مایکتسب به، الحدیث 2، 1:205

....

الشَرح:

بالقصد من الدافع والقبض من المستحق.

نعم لو قام دليل فى مورد على تعيين ما على العهده بمجرّد العزل بدون قبض المستحق كتعيّن زكاه الفطره بالعزل يؤخذ به فى مورد دلالته، وربّما احتمل بعضهم فى تعيّن اداء الدين فى القبض الخارجى قصد المستحق أيضاً التسلّم بأن يلتفت حين القبض أنّ الدفع إليه بعنوان الوفاء بالدين، ومع عدم التفاته يشكل الالتزام بالوفاء، ولكن الصحيح عدم اعتبارذلک بل الملاک فى تحققه قبضه، ويشهد لذلک صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام «فى الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لاتنام فيدفعه إليه إلى أن قال: هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصله ولا يعلمه أنّه أخذ له مالاً فقال: يجزيه» بل الالتزام بعدم اعتبارقصد القابض لا يحتاج إلى الاحتجاج بها، لصدق الوفاء بالدين بدونه عرفاً.

وممّا ذكرنايظهر أنّه لو وقع بيد الدائن مال من المدين، ولوكان من جنس ما على عهده المدين، وبمقداره لا يتعيّن الدين فى ذلک المال، ولو مع قصد الدائن تملكه بعنوان الأخذ بدينه نعم لو فعل ذلک وأجاز المديون يتحقق باجازته وفاء ما عليه من الدين لجريان الفضوليه فى القبض أيضاً كما ذكر فى محلّه. وعلى ذلک ففيما إذا كان اداء الدين بمال المدين فلابدّ من تصديه مباشره أو توكيلاً أو يتصدى بذلک من له ولايه عليه، كما إذا كان المدين غائباً أو ممتنعاً فإنّ للحاكم الولايه على الغائب والممتنع، هذا بحسب القاعده الأوليه.

ولكن وردت روايات بجواز تقاص الدائن دينه من مال المدين إذا وقع بيده، والكلام فى مقدار دلاله تلک الروايات، ولا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا كان المدين معترفاً بالدين وباذلاً له فلا يجوز التقاص ممّا يقع بيد الدائن من ماله، بل لو فرض فى هذا

....

الشَرح:

الفرض عذر للمدين كالغيبه والحبس تصدى لاداء دينه الحاكم، وهذه الصوره خارجه عن الروايات المشار إليها.

كما أنّه لا ينبغى التأمّل فى جواز التقاص فيما إذا جحد المدين على دائنه الدين، فامتنع عن ادائه، فإن هذا الفرض مدلولها تعييناً، وفى معتبره أبى بكر الحضرمى عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه وذهب به ثم صار بعد ذلک للرجل الذى ذهب بماله مال قبله أيأخذه مكان ماله الذى ذهب به منه ذلک الرجل؟ قال: نعم».(1)

نعم تأمّل بعضهم فى شمولها لما إذا كان المدين معترفاً بالدين ولكن يمتنع عن ادائه ولو بالمماطله اللاحقه بالامتناع، أو كان جاحداً ولكن للدائن بيّنه بدينه فيمكن له استيفاء الدين بالمحاكمه إلى الحاكم، ولكن الأظهر جواز التقاص فى الصورتين لإطلاق بعض الروايات أمّا بالاضافه إلى الامتناع كصحيحه أبى البقباق المتقدمه فإنّها باطلاقها تعمّ الامتناع عن الاداء كما لا يخفى وأمّا بالاضافه إلى صوره جحوده ولو مع البيّنه للدائن فإطلاق معتبره أبى بكر المتقدمه. وفى خبر جميل بن دراج «قال: سألت أباعبداللّه عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلک؟ قال: نعم».(2)

وأمّا الصوره الخامسه: فهى ما إذا كان امتناع المدين عن الاداء بحقّ، كما إذا لم يعلم ثبوت المال على عهدته، فإنّه يقال بعدم جواز التقاص فى الفرض بل يترافعان، ولكن لا يخفى أنّ اطلاق صحيحه أبى البقباق يشمل الفرض أيضاً لصدق أنّه ذهب ألف أو

1- (1) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مايكتسب به، الحديث 5:204.
2- (2) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مايكتسب به، الحديث 10:205.

....

الشَرح:

غيره من ماله، كما يصدق في صورتى الجحود والامتناع عن ظلم، فإنّ عدم العلم بالدين عليه لنسيانه أو اعتقاده الاداء ونحو ذلک لايمنع عن صدق الحق.

لايقال: لو فرض الاطلاق فيما دلّ على جواز التقاص يرفع اليد عنه بالأخبارالوارده بالمراجعه إلى من نصبه عليه السلام قاضياً ولو فرض التعارض بين الطائفتين بالعموم وجه لخروج صورتى الجحود والامتناع عن ظلم عن مدلول تلک الأخبار لعدم الجهل فيهما بالحكم أو الموضوع ليرفع إلى من يعلم من قضاياهم عليهم السلام وخروج غير الماليات عن مدلول الأخبار الوارده فى التقاص، ويجتمعان فى صوره الامتناع عن الاداء بحق فى الماليات يرجع بعد سقوط الاطلاق من الجانبين إلى ما دلّ عدم جواز التصرّف فى مال الغير وتملّكه بلارضا مالكه، خصوصاً إذا كان للدائن بيّنه بالدين على الممتنع المزبور.

أقول: يمكن المناقشه فيما ذكر بأنّ الأخبار الوارده فى الأمر بالمراجعه إلى من يعلم قضاياهم عليهم السلام فى مقام بيان طريق الوصول إلى الحق وفصل الخصومه فى مقابل النهى عن المراجعه والمرافعه إلى قضاه الجور، وأنّه لا يجوز الوصول إلى الحق وفصل الخصومه بالمراجعه إليهم.

أمّا إذا كان للوصول إلى الحق طريق آخر غير المراجعه إلى أُولئک القضاه فلا تكون هذه الأخبار ناظره إلى هذه الصوره، خصوصاً فيما إذا كان صاحب الحق عالماً بأنّه لا يصل إلى حقه بالمراجعه إلى القضاء لعدم الشاهد بدينه على الغير، والإطلاق فى أخبار جواز التقاص تعيّن طريق الوصول إلى حقّه فيما إذا وقع مال من عليه الحق بيده أضف إلى ذلک صدق الجحود فى بعض موارد الامتناع بغير عدوان، كما إذا نسى الاستدانه أو اعتقد الاداء كما لا يخفى.

ولو كان المدين جاحداً وللغريم بينه تثبت عندالحاكم، والوصول إليه ممكن، ففى جواز الأخذ تردد، اشبهه الجواز، وهو الذيذكره الشيخ فى الخلاف والمبسوط، وعليه دلّ عموم الإذن فى الاقتصاص، ولو لم يكن له بينه، أو تعذر الوصول إلى الحاكم، ووجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلاً بالاستيفاء[1] نعم لو كان المال وديعه عنده، ففى جواز الاقتصاص تردد، اشبهه الكراهه، ولو كان المال من غير الجنس الموجود، جاز أخذه بالقيمه العدل، ويسقط اعتبار رضا المالک بالطاطه كمايسقط اعتبار رضاه فى الجنس.

الشَرح:

[1] يجوز الاقتصاص على ما تقدم فيما إذا كان ما وقع بيده من مال المدين من جنس ما عليه ولا خلاف فى ذلک، إلاّ إذاكان ما وقع بيده من مال المدين وديعه، فإنّه قد ذكر بعضهم أنّه لا يقتص من مال الوديعه، واعتمدوا فى ذلک على بعض الروايات المانعه عن الاقتصاص من الوديعه كصحيحه معاويه بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قلت له: الرّجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالاً ألى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا ، هذه الخيانه»(1) ونحوها غيرها. ولكن لابدّ من حملها على الكراهه بقرينه صحيحه أبى البقباق المتقدمه المجوزه للاقتصاص من الوديعه. وأمّا إذا كان المال الواقع بيده من غير جنس المدين فيجوز الاقتصاص منه أيضاً استقلالاً، كما هو ظاهر المصنّف أيضاً.

ولكن ربّما يقال إنّه لابدّ فى جواز الاقتصاص من غير الجنس من الاستئذان من الحاكم الشرعى، حيث إنّه ولىّ الجاحد والممتنع، ولكن لا يخفى ضعفه لأنّ مع اذن الشارع فى الاقتصاص ولو من غير الجنس، كما هو ظاهر صحيحه داود بن رزين الوارده فى الاقتصاص ممّا أخذوا منه من الجاريه والدابه الفارهه والإطلاق فى معتبره أبى بكر الحضرمى لا حاجه إلى الاستئذان من المالک أو الولى، وعلى ذلک لو كان

1- (1) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مايكتسب به، الحديث 11:205.

ويجوز أن يتولى بيعها[1] وقبض دينه من ثمنها، دفعاً لمشقه التربص بها ولو تلف قبل البيع قال الشيخ الا ليق بمذهبنا أنّه لا يضمنها والوجه الضمان، لأنّه قبض لم يأذن فيه المالک[2] ويتقاصان بقيمتها مع التلف.

الشَرح:

المأخوذ أزيد فى ماليته ممّا ذهب منه فاللازم إيصال الباقى الزائد من حقه إلى مالكه بأىّ وسيله، ففى صحيحه داود بن رزين «خذ مثل ذلک ولا تزد عليه»(1)، وفى روايه على بن سليمان «ويسلم الباقى إليه إن شاء اللّه». (2)

[1] جواز بيع المال والتقاص من ثمنه مقتضى الاطلاق فى بعض الروايات كالتى ورد فى صحيحه داود بن رزين «ثم يقع لهم عندى المال فلى أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلک ولا تزد عليه»، فإنّ مقتضى تجويز أخذ المثل فيما كان المال الواقع بيده متاعاً بيعه، والأخذ من ثمنه بمقدار قيمه ما أخذ منه كالدابه أو الجاريه.

[2] إذا قبض المال من غريمه عاريه أو وديعه و نحوهما ممّا لاضمان فيها، ثم بدا له فى التقاص فالأظهر عدم الضمان، أخذاً بما دل على عدم الضمان فيها، والمفروض أنّ ما بداله من المقاصه ليست خيانه حيث إنّ الشارع قد أذن فيها. نعم إذا أخذه من الأوّل بقصد المقاصه من المأخوذ فيمكن أن يناقش فى تحقق تلک لعناوين، بل المأخوذ يكون أشبه بالقبوض بالسوم، فإنّ رضا الشارع بالأخذ كرضا المالک بالأخذ فى المأخوذ بالسوم فى أنّه لا يمنع عن الضمان.

بقى فى المقام أمر وهو أنّ جواز التقاص لا يختص بالتقاص مباشره، فيجوز أن يوكّل غيره فيه، لأنّ فعل الوكيل يستند إلى الموكّل، فيكون أخذه أخذاً منه، ولكن الوكيل لابدّ من احراز أنّ لموكّله حقاً ليجوز له التقاص وأصاله الصحّه فى التوكيل تجرى بعد احراز ولايه الموكّل على التقاص، ولاتثبت بها ولايه الموكّل، ويجوز التقاص

1- (1) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مايكتسب به، الحديث 1و9:202.

مسألتان :

الاولى: من ادّعى ما لايدَ لاحد عليه قضى له [1] ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه، فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون لا، ويقول واحد منهم هو لى فإنّه يقضى به لمن ادّعاه.

الشَرح:

للولى أيضاً، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجحده أو امتنع عن الاداء والرد، جاز التقاص لوليهما، حيث إنّ كل فعل لا يمكن أن يقوم به المالک لصغره وجنونه يقوم به وليه، ولا تبعد دعوى أنّ ما فى صحيحه داود بن رزين من قوله «أنى أُخالط السلطان فتكون عندى الجاريه فيأخذونها»(1)، يعم ما إذا كانت عنده ما أخذوه مال موكله أو المولى عليه، و ممّا ذكرنا يظهر أنّه يجوز للحاكم الشرعى المقاصه من مال الممتنع عن اداء الحقوق الواجبه عليه واللّه سبحانه هو العالم.

[1] ذكروا ذلک، ويستدل عليه مضافاً إلى أنّ سماع دعوى بلا معارض بسيره العقلاء، وبصحيحه منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام «قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، وقال واحد منهم: هولى، فلمن هو؟ قال: للذى ادّعاه».(2)

وربّماياقش فيها بأنّ الكيس المزبور فيها كان بيد جميعهم، فتكون دعوى واحد منهم ملكيته مع اعتراف السائرين بأنّه ليس لهم من دعوى ذى اليد، والمفروض فى المسأله ما إذا لم يكن بالمال يد، ويناقش أيضاً بأنّ ظاهرها دعوى الملكيه بعد الانكار، حيث إنّ ظاهر فقالوا كلّهم لا وقال: واحد منهم هو لى أنّ دعواه كانت بعد النفى، ولكن لا يخفى أنّ مجرّد الجلوس فى مكان يقع مال فى وسطهم مع كونه اتفاقاً كما يتفق مثله

1- (1) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مايكتسب به، الحديث 1:202.
2- (2) الوسائل: 12، الباب 83 من أبواب مايكتسب به، الحديث 1:200.

الثانيه: لو انكسرت سفينه فى البحر، فما اخرجه البحر، فهو لاهله، وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه[1] وبه روايه فى سندها ضعف.

الشَرح:

كثيراً لا يتحقق اليد والاستيلاء بالمال، فالحكم بكونه لمدعيه فى الفرض ظاهره سماع دعوى الملكيه مع عدم المعارض لها، ويترتب على ذلک أنّه لو ادعاه بعد ذلک شخص آخر يحسب ذلک الشخص مدعياً، ومن أخذه بدعواه سابقاً يكون منكراً.

وذكر فى دفع المناقشه الثانيه:أنّ الدعوى وإن كانت بعد الانكار إلاّ أنّه تجرى أصاله الصحّه فى كل من النفى السابق والدعوى اللاحقه بكون النفى قبل التذكر والدعوى بعده نظير ما إذا أنكر الرجل زوجيه امرأه ثمّ أقرّ بها، فإنّ الحاكم لا يمنع الرجل عن التمكين بالمرأه أخذاً بانكاره الزوجيه أوّلاً.

أقول: دعوى أنّ ظاهر الصحيحه دعوى الملكيه بعد الانكار لا يمكن المساعده عليها، بل ظاهرأنّ قوله واحد استثناء عمّا ذكر قبل ذلک من قول كلّهم: لا، وهذا النحو من الاستثناء تعبير متعارف فى الاستعمالات العرفيه.

وأمّا مسأله تمكين الرجل من المرأه المدعيه للزوجيه باقراره بها ولو بعد انكاره فهو لثبوت الزوجيه التى ادعتها المرأه، فيترتّب عليها أثارها، ومنها جواز تمكين نفسه منها فيلغى انكاره السابق نظير ما إذا ادعى عليه آخر بأنّه قد باع داره منه بكذا فأنكر بيع الدار ثمّ أقرّ به، فإنّه لا معنى لأن يقال يجب عليه بعد اقراره بالبيع تسليم داره من مدعى الشراء ولكن لا يجوز له الزام المشترى بتسليم الثمن، لأنّ انكاره السابق اقرار بعدم استحقاقه الثمن.

[1] لو انكسرت سفينه فى البحر وغرقت مع متاعها أو سقط متاعها فى البحر فما أخرجه البحر من متاعها فهو لمالكه وما يخرج بالغوص فهو لمن أخرجه، وظاهر الماتن الافتاء به كجمله من الأصحاب مع ضعف الروايه الداله عليه عنده.

....

الشَرح:

ولكن فى المقام روايتان: إحداهما ما رواه الشيخ بإسناده عن محمّد بن أحمد ابن يحيى عن أبى عبداللّه عن منصور بن عباس عن الحسن بن على بن يقطين عن أميّه بن عمر عن الشعيرى «قال: سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أمّا ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه أخرجه، وأمّا ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به».(1)

وهذه الروايه ضعيفاً سنداً، لأنّ أباعبداللّه الراوى عن منصور بن عباس هو محمد بن أحمد الرازى الجامورانى، وقد ضعّفه القميون باستثنائه من رجال نوادر الحكمه، ومنصور بن عباس أيضاً ضعيف، كماهو ظاهر النجاشى، وأميه بن عمرو واقفى لم تثبت وثاقته.

وقد نوقش فى دلالتها أيضاً لاحتمال كون المراد بضمير الجمع أصحاب السفينه، فيكون مدلولها أنّ ماأخرجه البحر أو الغوص فهو لأصحاب السفينه، والتفصيل بالاضافه إلى سبب الخروج فقط و أنّه قد يكون البحر وقد يكون الغوص، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ التفصيل فى سبب الخروج من غير دخله فى الحكم كالتفصيل فى زمان الخروج بين كونه ليلاً أو نهاراً.

وممّا ذكر يظهر الحال فى روايه أُخرى، وهى ما رواه الكلينى عن علىّ بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث عن أميرالمؤمنين عليه السلام «قال: وإذا غرقت السفينه وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم»(2)، وسندها لا بأس به،

1- (1) الوسائل: 17، الباب 11 من أبواب اللقطه، الحديث 2: 362.
2- (2) الوسائل: 17، الباب 11 من أبواب اللقطه، الحديث 2: 362.

. ...

الشَرح:

ولا يبعد اتحاد الروايتين والاختلاف فى سند الشيخ قدس سره والكلينى إلى إسماعيل بن أبى زياد السكونيالشعيرى.

نعم ربّما يستظهر من قوله عليه السلام : «وتركه صاحبه» أنّ الوجه فى تملک ما يخرج بالغوص اعراض مالكه، فيكون نظير مفاد صحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: من أصاب مالاً أو بعيراً فى فلاه من الأرض قد كلت وقامت وسيّبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهى له ولا سبيل له عليها وإنّما هى مثل الشىء المباح».(1)

1- (1) المصدرنفسه: 18، الباب 13 من أبواب اللقطه، الحديث 2:364.

المقصد الأول

فی الاختلاف فی دعوی الاملاک

وفیه مسائل:

الاولی: لو تنازعا عیناً فی یدهما، ولا بینه قُضی بها بینهما نصفین[1] وقیل یحلف کل منهما لصاحبه.

الشَرح:

[1] لو کانت عین بید اثنین وادعی کل منهما بلا بیّنه أنّ تمامها له فیحکم بأنّ لکل منهما نصفه. وهل یحتاج الحکم بذلک إلی حلف کل منهما علی نفی دعوی الآخر أو لایحتاج؟ ظاهر الماتن قدس سره عدم الحاجه، کما هو المحکی عن الخلاف والغنیه والکافی، بل فی الأوّل دعوی الاجماع علیه، والمنسوب إلی المشهور توقف الحکم علی حلف کل منهما، ولو حلف أحدهما دون الآخر یقضی للحالف بکلّ العین.

واستظهر عدم الحاجه من المرسل المرویعن النبی صلی الله علیه و آله : «أنّ رجلین تنازعا دابه لیس لأحدهما بینه فجعلها النبی صلی الله علیه و آله بینهما».(1)

ووجه الاستظهار لم یقیّد الحکم فی مقام الحکایه الجعل بعد حلفهما، ولو قیل بعدم احراز أنّ الحکایه فی مقام بیان نحو القضاء لیؤخذ باطلاقها فلا أقل من اشعارها بعدم الحاجه.

وفیه: أنّ دعوی الاجماع فی المقام غیر تامه، فضلاً عن کونه تعبّدیاً، والمرسل

1- (1) سنن البیهقی10:255.

....

الشَرح:

لضعف سنده وعدم الجابر له غير قابل للاعتماد عليه، ومقتضى قولهم عليهم السلام : «البيّنه للمدعى واليمين على المدعى عليه»(1)، اعتبار حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فإنّ كلاً منهما بالاضافه إلى العين ذو اليد على حد سواء فاليد من كل منهما على نصفها المشاع، فيحسب بالاضافه إلى نصفها منكراً وبالاضافه إلى نصفها الآخر مدعياً، ومع عدم البينه كما هو الفرض تصل النوبه إلى حلف المنكر، ليتم ملاک القضاء، ولأنّه قد ورد اعتبار الحلف فى فرض اقامه كل منهما البينه على دعواه فالفرض أولى منه فى الحاجه إلى الحلف.

ويتفرع على ذلک أنّه إذا حلف أحدهما وامتنع الآخر عن الحلف أن يقضى بتمام العين للحالف، وهل الحكم بأنّها للحالف يحتاج إلى حلفه الآخر على أنّ تمام العين له، حيث إنّ حلفه الأوّل يسقط دعوى الآخر بالاضافه إلى ما بيده، واثبات دعواه بأنّ تمام العين له يحتاج إلى اليمين المردوده من خصمه أو من الحاكم أو يفصل بين نكول الثانى فيحتاج الأوّل إلى الحلف ثانياً على أنّ العين له، وبين نكول الأوّل فإنّ الحلف من الثانى بأنّ تمام العين له يكون معنوناً بالحلف على نفى دعوى الغير واليمين المردوده ولو من الحاكم على دعواه فالأظهر التفصيل ولذا يقرع بينهما فى الاستحلاف لو تشاحا فيمن يبدء الحلف.

ولو امتنعا عن اليمين يحكم أيضاً بأنّ العين لهما بالمناصفه، وربّما يصير ذلک منشأ الوهم فى كون الحكم بأنّ العين لهما بالمناصفه لايحتاج إلى الحلف من كل منهما، فإنّه مقتضى يدهما على العين حتى مع نكولهما، ويدفع الوهم بأنّ الحكم بكونها بينهما بمقتضى يدهما ليس قضاءً، بخلاف صوره حلفهما أو نكولهما فإنّه قضاء

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 5: 171.

....

الشَرح:

فلايفيد أحدهما الظفر بالبينه بدعواه بعد ذلک.

وذکر فی الجواهر فی عدم الحاجه إلی الحلف وجهاً آخر، وهو أنّ المقام لا یدخل فی کبری البینه علی المدعی والیمین علی المنکر، وذلک فإنّ ید کلّ منهما علی تمام العین لعدم تصور ید کل منهما علی نصفها مشاعاً إلاّبکون یدهما بتمامها، ومع ید کل منهما علی تمام العین لا یکون منهما المدعی والمدعی علیه لتساوی کل منهما مع الآخر، وکما أنّ دعوی واحد بملکیه العین یوجب الحکم بکونها له کذلک فیما کانت الید ملغاه کما فی المقام.

وحیث لا یمکن العمل فی جمیع المال بدعوی کل منهما یعمل بها فی نصف المال بلا حاجه إلی الیمین، لأنّه لیس فی البین المدعی علیه لیتوجه إلیه الیمین. نعم کون ید کل منهما علی العین یوجب کون کل واحد منهما المدعی علیه بالاضافه إلی دعوی شخص ثالث لاید له بالعین.

وبالجمله: معلومیه التباین بین المدعی والمدعی علیه مع کون ید کل منهما فی الفرض علی تمام العین توجب أن لایکون المقام من صغریات الکبری الوارده فی الروایات (البیّنه علی المدعی والیمین علی من أنکر)، کما لا یکون من موارد التحالف، حیث إنّ مورد التحالف ما إذا کان أحدهما مدعیاً بالاضافه إلی شیء والمدعی علیه بالاضافه إلی شیء آخر والآخر بالعکس، وفی المقام المدعی به أمر واحد وهو ملکیته تمام العین التی بید کل منهما.

أقول: لا یخفی ما فیه، فإنّ یدکل منهما علی تمام العین وان کان أمراً صحیحاً إلاّ أنّ الید من کل منهما علی تمامها لیست استقلالیه، بل ضمنیه فی ضمن یدهما فتحسب فی هذه الموارد الید الاستقلالیه مع عدم تعیین السهم بحسب عدد الأیدی، فلو کانوا ثلاثاً

ولو كانت يد احدهما عليها قضى بها للمتشبث، مع يمينه ان التمسها الخصم[1] الشَرح:

فتكون اليد الاستقلاليه لكل منهم بثلث المال، وهكذا فيكون كل من المتعدد بالاضافه إلى ما يحسب عليه بيده استقلالاً المدعى عليه، وبالاضافه إلى ما للأخر مدعياً كما تقدم.

ويلزم على ما ذكره قدس سره أن يحكم بتمام العين لأحدهما فيما إذا كانت دعواه ملكيه تمام العين وقال الآخر لا أدرى واقع الحال ونصف العين لى ظاهراً بحسب يدى على العين مثل يدک عليها كما إذا كانت العين بيد شخصين فماتا معاً ولكل منهما وارث وضعا يدهما عليه وادعى احدهما على الآخر أنّ تمام العين كانت لمورّثه والوجه فى اللزوم عدم المعارض لدعواه والغاء يد كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر.

وذكر قدس سره أنّه لو قيل بالحلف من كل منهما لصاحبه فيمكن أن يقال: إنّ الحلف ليس لكون منهما منكراً يتوجّه إليه اليمين بالاضافه إلى دعوى الآخربل لتقديم أحد السببين للملک على السبب الآخر كما فى تقديم احدى البيّنتين على الأُخرى، فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بتمام العين له لتقديم احدهما بخلاف حلفهما أو تركهما الحلف وليس الحلف من يمين الانكار ليترتب عليها ردّها إلى المدعى مع نكول المنكر. فلو حلف أحدهما على أنّ تمام العين له ونكل الآخر يحكم بأنّ تمامها للحالف بلاحاجه إلى ردّ اليمين عليه ثانياً.

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال، لأنّ الترجيح بالحلف يحتاج إلى قيام الدليل عليه وليس فى البين ما يدلّ على كون الحلف مرجحاً لاحدى الدعويين أو لأحدى اليدين فالاحتمال المزبور ساقط من أصله.

[1] والوجه فى ذلک أنّ من بيده المال بمقتضى موافقه قوله اليد يحسب منكراً والآخر مدعياً، فيحلف المتشبث مع استحلافه وتسقط به دعوى الآخر، وإذا نكل وقلنا بالحكم بمجرد النكول أو ردّ اليمين هو أو الحاكم على المدعى وحلف ثبتت دعواه، وإلاّ سقطت على ما تقدم.

ولو كانت يدهما خارجه[1] فان صدّق من هى فى يده احدهما اُحِلفَ وقُضيِ له.

الشَرح:

[1] ولو كانت العين بيد ثالث، وكانت يد كل منهما خارجه عن العين بالمره فإن اعترف من بيده المال لاحدهما المعين بانّ العين له صار المقرّ له منكراً والآخر مدعياً، وإذا حلف المقرّ له على نفى كونها للمدعى سقطت دعواه ويحكم بأنّ العين له دون الآخر قضاءً.

وقد يناقش فى توجه اليمين إلى المقرّ له بأنّه ليس هو المدعى عليه فى دعوى الآخر بل دعواه كدعوى المقر له ابتداءً متوجهه إلى من كانت العين بيده فاللازم أن يتوجه اليمين إليه غايه الأمر للمدعى الآخر أن يتوجّه دعوى جديده على المقرّ له بعد انتزاعه العين ممن كانت بيده، كما فى استيناف الدعوى على من أخذ العين ممّن كانت بيده باليمين المردوده مثلاً أو بشاهد ويمين.

وبالجمله: أنّ للمدعى الآخر احلاف المعترف بالعين للغير ليسقط دعواه عليه كما أنّ له احلاف المقرّ له بتجديد الدعوى عليه وأجيب عن المناقشه بأنّ الدعوى تتبع العين فالدعوى وان كانت متوجهه فى الابتداء إلى من كانت العين بيده إلاّ أنّ بعد صيرورتها للمقرّ له تنصرف إليه، فلاتكون للمدعى الآخر دعوى بالاضافه إلى المعترف الذى كانت بيده.

وأورد فى الجواهر على الجواب بأنّ الكلام فى المقام فى المدعى عليه وأنّه من كانت العين بيده أوّلاً او المقرّ له وليس الكلام فى المدعى به، يعنى دعوى العين ليقال أنّها كانت بيد المقر وصارت بيد المقر بعد الانتزاع، وعلى ذلک فقبل تصديق من كانت العين بيده قبل اعترافه للمقر له فله اليمين على المعترف، لا لأخذ العين التى صارت لغيره باعترافه، بل لفائده الغرم مع نكوله لاتلافه العين عليه بإعترافه.

أقول: كانت الدعوى الأُولى على من كانت العين بيده دعوى العين، وقد

....

الشَرح:

انصرفت تلک الدعوی إلی المقر له باعتراف ذی الید ودعوی الاتلاف بالاقرار لغایه الغرم دعوی أُخری یأتی الکلام فیها ولیست عین الدعوی السابقه.

ثمّ قال قدس سره : بناءً علی انصراف الدعوی إلی المقرّ به یکون للمدعی الآخر احلاف کل من المقرّ له ومن کانت العین بیده، ولکن احلاف المقرّ له لسقوط دعوی العین علیه واحلاف من کانت العین بیده لدعوی الغرم لا لسقوط دعوی العین علیه لانصرافها علی الفرض إلی المقرّ له، ویتفرّع علی ذلک أنّه لو حلف المقرّله یحکم بأنّ العین له من غیر حاجه فی هذا الحکم إلی حلف من کانت بیده وإنّمایکون حلفه لدفع الغرم عن نفسه، ولکن فی القواعد أنّه لو کانت العین بید ثالث حکم بها لمن یصدّقه بعدالیمین منهما وظاهره توقف الحکم بأنّ العین للمقرّ له و سقوط دعوی الآخر علی کلا الحلفین، ولکن یحتمل أن تکون کلمه منهما فی عباره القواعد متعلّقه بقوله یصدّقه یعنی لو کانت العین بید ثالث حکم لمن یصدقه الثالث من المدعیین بعد الیمین، أی یمین المقرّ له فیکون مطابقاً لعباره المصنف، ولکن فی کشف اللثام أنّ من کانت بیده المال یحلف علی المدعی الآخر، فیما إذا ادعی علیه المدعی الآخر أنّک کنت عالماً بالحال عند اقرارک وکنت تعلم بأنّ العین لی لا للمقر له.

أقول: المدعی علیه من یکون قوله موافقاً للحجه المعتبره علی ما تقدم والمدعی من یکون قوله علی خلاف تلک الحجه ومن الظاهر أنّه بعد اقرار ذی الید لاحدهما المعین یکون قوله هذا العین لی مطابقاً للحجه المعتبره یعنی الاقرار المعتبره، فیکون قول الآخر مخالفاً له فیکون فی دعوی العین المقر له منکراً والآخر مدعیاً، ویخرج ذو الید السابق عن أطراف هذه الدعوی، وإنّما یکون ذوالید المدعی علیه بالاضافه إلی دعوی الاتلاف علیه باقراره العین للمقر له وهذه الدعوی لا مورد لها إلاّ بعد سماع

وإن قال هى لهما قضى بها بينهما نصفين، واحلف كل منهما لصاحبه[1] ولو

الشَرح:

الاقرار وسقوط دعوى ملک العين على المقرّ له فتكون دعوى أُخرى غير الدعوى السابق قبل الاقرار.

وهل لهذه الدعوى يعنى دعوى الاتلاف على المقرّ مجال مع ثبوت أنّ العين كانت للمقر له ولم تكن للمدعى الآخر كما هو فرض حلف المقر له على نفى دعوى العين، فالظاهر عدم المجال لها بعد ثبوت انّ العين لم تكن له لأن تتلف عليه.

نعم للمدعى الآخر دعوى الخيانه على المقر فى اقراره نظير دعوى الخيانه على المقر وليست الخيانه إلاّ دعوى العلم على المقر وأنّه كان يعلم بأنّ المال ليس للمقر له وأنّها كانت له وهذا ما ذكره كاشف اللثام، ويظهر من كلمات الأصحاب أيضاً واللّه العالم.

[1] ولو قال من بيده العين أنّها لهما قضى أنّ العين بينهما بالمناصفه بعد حلف كل منهما لصاحبه بأنّ العين ليست له فإنّ الفرض نظير ما إذا كانت العين بيدهما وادعى كل منهما ملكيه تمام العين، والعجب من الماتن قدس سره أنّه حكم بكون العين لهما بالمناصفه من غير حاجه إلى الحلف منهما، وظاهره فى المقام الحاجه إلى الحلف منهما.

وقد ظهر ممّا ذكرنا سابقاً أنّ الحكم بكون العين بينهما بالمناصفه بلا يمين ليس حكماً قضائياً بالاضافه إلى دعوى كل منهما بأنّ تمام العين له الحكم القضائى يتوقف على حلفهما، وعليه فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بأنّ العين له مع تكرار الحلف بالحلف على الاثبات فيما كان الناكل هو الثانى بعد حلف الأوّل على النفى، ولا يبعد عدم الحاجه إلى التكرار لوكان الناكل هو الأوّل، حيث إنّ حلف الثانى بأنّ تمام العين له حلف على نفى دعوى الأوّل فى نصفه وحلف على ثبوت دعواه بالاضافه إلى دعواه فى نصفهما الآخر.

....

الشَرح:

وفى كشف اللثام أنّه بعد الحكم بأنّ تمام العين لأحدهما لحلفه ونكول الآخر فإن ادعى الحالف على الثالث الذى كانت العين بيده علمه عنده اقراره بأنّ تمام العين له و نكل الثالث عن الحلف على نفى علمه غرم للحالف نصف العين فيكون للحالف تمام العين. ويدل نصفها.

وأورد على ذلک فى الجواهر بأنّه بعد انتزاع الحالف تمام العين لا موجب لغرم الثالث لاعترافه بأنّه لا يستحق أزيد من تمام العين، اللّهم إلاّ أن يقال انتزاع نصف العين من الناكل باليمين المردوده كانتزاعه من يده بالمعاوضه، وكما انّ الانتزاع بالمعاوضه لا يمنع عن دعوى العلم على الثالث كذلک انتزاعها باليمين المردوده ولكن هذا التنظير ضعيف، لأنّ الانتزاع من المدعى لها باليمين المردوده غير الانتزاع منه بالمعاوضه فى أنّ الثانى لاينافى دعوى الغرامه على الثالث.

ومن ذلک أنّه لو ادعى أحدهما على من بيده العين بأنّ تمامها له، ولكن اعترف ذواليد بأنّها له ولزيد وادعى المدعى على من كانت بيده العين علمه بأنّ تمام العين له ونكل ذواليد عن الحلف على نفى علمه وحلف المدعى فإنّه يأخذ من الثالث بدل النصف الآخر الذى اعترف به لزيد قبل ذلک، وإذا ادعى بعد ذلک على زيد بأنّ تمام العين له فنكل زيد وحلف المدعى فإنّه ينتزع العين فتكون تمامها له، فيلزم على ما ذكر ارجاع الغرم إلى الثالث لوصول حقه إليه بتمامه لأنّ حقه ليس بأزيد من العين بتمامها.

أقول: الأظهر أنّه إذا ادعى على الثالث علمه بكون تمام العين له ومع ذلک أقرّ بأنّها له ولزيد وفرض أنّ الثالث نكل عن الحلف على نفى علمه وحلف هو على علمه وأخذ منه بدل نصفها تقع المبادله القهريه بين البدل المزبور ونصف العين فلا تسمع دعواه بعد ذلک على زيد بأنّ تمام العين له، كما أنّه إذا ادعى على زيد بتمام العين وأخذ

دفعهما اقرت فى يده[1].

الشَرح:

منها تمامها ولو باليمين المردوده لاتسمع دعواه على الثالث دعوى العلم لوصول تمام حقه إليه على ما تقدم.

[1] دفع الثالث المتداعيين تاره بإنكاره بكون العين لهما من غير أن ينفى ملكيه نفسه فلاينبغى التأمّل فى الفرض من كون من بيده العين المدعى عليه بالاضافه إلى دعوى كل منهما، فيحلف لكل منهما وأقرت العين بيده.

ولو نكل عن الحلف لهما ففى الجواهر يكون الفرض كما لايد لأحد بالعين فيحكم بكونها بينهما بالمناصفه، فيما لو حلفا أو نكلا، كما أنّه لو حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بكون العين للحالف.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ مع نكول المدعيين بعد نكول من بيده العين تسقط دعواهما بملكيه العين ويحكم بأنّ العين للثالث الذى بيده العين لاعتبار يده، بل الحكم بالتصنيف فيما إذا حلفا أيضاً مشكل فإنّ كلاً منهما قد أثبت باليمين المردوده بعد نكول الثالث أنّه ما لک لتمام العين، فيحكم بالعين للحالف أولاً وببدله للحالف ثانياً، نظير ما أقرّ بتمامها للأوّل ثمّ أقرّ بها للثانى، وقد تقدم أنّه مع تشاحهما فى الحلف أوّلاً يقرع بينهما وإن قال من بيده العين أنّها ليست لى أو لا أعرف مالكها او أنّها لأحد كما فلا ينبغى التأمّل فى عدم كون الثالث منكراً ليتوجه إليه اليمين، كما أنّه لايكون دعوى كل واحد منهما من دعوى ملكيه مال لايد عليه ولا معارض لها لمعارضه دعوى كل منهما بدعوى الآخر.

فهل يرجع إلى قاعده العدل والانصاف فيحكم بتنصيفها أو إلى القرعه أو يفصّل فيرجع إلى القاعده فيما إذا قال ليس لى أو لا أعرف مالكها ويرجع إلى القرعه فيما لو أجاب بأنّها لأحدكما؟ لايبعد الرجوع إلى القرعه فى الأخير لإخراج الحق المجهول منهما وفى الأولين إلى قاعده العدل لكون دعوى كل منهما مملكه للمال لولا

الثانيه: يتحقق التعارض فى الشهاده، مع تحقق التضاد[1] مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيدٍ ويشهد آخران أنّ ذلک الحق بعينه لعمرو او يشهدان بأنّه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلک الوقت، ومهما امكن التوفيق بين الشهادتين، وفّق فإن تحقّق التعارض، فإمّا أن يكون العين فى يدهما أو يد أحدهما او فى يد ثالث.

الشَرح:

المعارضه، بل ربّما يقال بالتنصيف حتى فى فرض الإقرارلاحدهما من غير تعيين، ويستظهر ذلک من معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام «فى رجل أقرّ عنه موته لفلان وفلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات فى تلک الحال فقال على عليه السلام أيّهما أقام البينه فله المال وإن لم يقم واحد منهما البينه فالمال بينهما نصفان» بدعوى الوثوق بعدم الفرق بين موردها ومورد الكلام فى المقام فى الحكم.

[1] لا ينبغى التأمّل فيأنّ التعارض بين البينتين يكون بالتنافى والتضاد بين مدلوليهما، بحيث يكون ثبوت مدلول كل منهما ملازماً لانتفاء مدلول الأخر، والملاک فى المدلول ظهور كل منهما، وما يقال مع التوفيق بينهما ويؤخذ بهما غير صحيح فيما كان التوفيق بغير الجمع العرفى بأن يكون بتأويلهما أو تأويل أحدهما من غير قرينه عرفيه فإنّ الإعتبار بالظهور لا بالتأويل.

و على ذلک ففيما شهدت بينه بأنّ العين الخارجيه لفلان وشهدت الأُخرى أنّها لشخص آخر ففى ذلک صور:

الأولى: أن تكون العين المزبوره بيدهما، الثانيه: أن تكون بيد أحدهما، الثالثه: أن تكون بيد ثالث، والرابعه: أن لا تكون يد عليها أصلاً.

أمّا الصوره الأولى: فقد ذكر الماتن قدس سره فيها أنّه يقضى بها لهما بالمناصفه، وعلّل ذلک بأنّ لكل منهما يد بالاضافه إلى نصف العين على ماتقدم فتعتبر بيّنه كل منهما

....

الشَرح:

بالاضافه إلى نصف الآخر، فيكون كل منهما مالكاً لما بيد الآخر بقيام البينه ونتيجه ذلک هو الحكم بالمناصفه قضاءً بالبينه.

أقول: ينبغى الكلام فى هذه الصوره فى جهتين:

الأولى: أنّ مقتضى القواعد الأوّليه فى القضاء ما ذكره الماتن قدس سره أم لا.

الثانيه: هل فى المقام دليل خاص على خلاف مقتضى تلک القواعد أم لا؟

أمّا الجهه الأُولى: فالظاهر عدم اعتبار شىء من البيّنتين، فإنّه قد تقدم أنّ مع كون العين بيدهما يكون كل منهما بالاضافه إلى دعوى الآخر منكراً فى نصف العين ومدعيّا بالاضافه إلى نصفها الآخر، ومن الظاهر أنّ بيّنه المدعى تكون معتبره، ولاتصل النوبه معها إلى حلف المنكر فيما لم تكن مبتلاه بالمعارض، فإنّ قوله صلوات اللّه عليه و آله «البيّنه على المدعى واليمين على المنكر» و «أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان»، ظاهره البينه التى تكون بينه مع قطع النظر عن القضاء، ولما ذكرنا لا يمكن المساعده على ما ذكر فى المتن من أنّه أقام كل واحد على مابيد الآخر بيّنه فيقضى لكل بما بيد الآخر.

وبتعبير آخر: بينه المنكر وإن لم تكن مدركاً للقضاء إلاّ أنّها تمنع عن اعتبار بينه المدعى مع المعارضه، فيكون الفرض كما إذا لم يكن فى البين بينه فيحكم بتنصيف العين بينهما بمقتضى اعتبار يد كل منهما على نصف العين، ولكن هذا الحكم ليس بنحو القضاء وفصل الخصومه، بل فصلها يتوقف على الحلف فإن حلفا فهى لهما بالمناصفه وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بأنّ العين للحالف.

ودعوى أنّ بينه كل منهما معتبره بالاضافه إلى ما بيده من النصف، لأنّ اليد عليه مرجحه لها فلا يمكن المساعده عليها لاحتياج ترجيح كل منهما بالاضافه إلى ما بيده من النصف على البيّنه الأُخرى ولو فى بعض مدلولها إلى قيام الدليل، والأصل فى تعارض الأمارات هو سقوطها.

ص :349

....

الشَرح:

وأمّا الجهه الثانيه ففى معتبره اسحاق بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّ رجلين اختصما إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فى دابه فى أيديهما وأقام كل واحد منهما البيّنه أنّها نتجت عنده فأحلفهما على عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما وأقاما البينه؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين الحديث»(1)، والروايه كما أشرنا معتبره، فإنّ غياث بن كلوب وان كان من العامه إلاّ أنّه يظهر من الشيخ قدس سره فى العده توثيقه، والحسن بن موسى الخشاب من المعاريف مع ظهور كلام النجاشى فى مدحه، ومضمونها مطابق لما تقدم من أنّ حلف كل منهما مع كون العين بيدهما على القاعده ولو كان فى الروايات الآتيه مايخالف المعتبره بالإطلاق فيرفع اليد عن اطلاقها بماورد فى صدر المعتبره، نعم يمكن أن يستظهر من صدرها عدم الحاجه إلى تكرار الحلف مع نكول الآخر.

لايقال: ماتقدم من عدم الاعتبار ببيّنه المدعى مع تعارضها ببينه المنكر ينافيه روايه منصور «قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل فى يده شاه فجاء رجل فادّعاها فأقام البينه العدول أنّها ولدت عنده لم يهب ولم يبع وجاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنّها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع؟ فقال أبوعبداللّه عليه السلام :حقّها للمدعى ولا أقبل من الذى فى يده بيّنه لأن اللّه عزّوجل امر أن يطلب البيّنه من المدعى فإن كانت له بينه وإلاّ فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر اللّه عزّوجلّ».(2)

أقول: الروايه ضعيفه سنداً، فإنّ محمد بن حفص الراويعن منصور بن حازم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2 و14: 182.

ففى الاوّل يقضى بها بينهما نصفين، لانّ يد كل واحد على النصف، وقد أقام الآخر بيّنه، فيقضى له بما فى يد غريمه.

وفى الثانى يقضى بها للخارج دون المتشبث[1] إن شهدتا لهما بالملک المطلق وفيه قول آخر ذكر فى الخلاف بعيد ولو شهدتا بالسبب قيل يقضى لصاحب اليد لقضاء على عليه السلام فى الدابه وقيل يقضى للخارج لأنّه لا بينه على ذى اليد كما لايمين على المدعى عملاً بقوله صلى الله عليه و آله «واليمين على من انكر» والتفصيل قاطع للشركه وهو اولى.

الشَرح:

مجهول، ولايمكن أن يكون وكيل الناحيه، كما قيل، مع أنّها معارضه بما فى ذيل معتبره اسحاق من قوله «قيل فإن كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً البينه؟ قال: أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» وعلى ذلک فيؤخذ بمقتضى ذيل المعتبره، بل على تقدير المعارضه يؤخذ بالقاعده التى أشرنا إليها.

[1] ذكر قدس سره أنه لو كانت العين فى يد أحدهما، وأقام كل منهما البيّنه بالملک المطلق له بأن شهدت كل من البيّنتين بأنّ العين ملک من غير ذكر سببه يقضى بأنّ العين ملک لمن لم تكن العين فى يده، وكذلک فيما إذا شهدت كل من البيّنتين بالسبب.

واستدل على ذلک أنّ من فى يده العين منكر لموافقه قوله اليد على العين بخلاف الآخر فإنّه يحسب مدّعياً، لأنّه يدعى خلاف يد غريمه، ومقتضى قوله صلى الله عليه و آله : «البيّنه للمدعى واليمين على من أنكر» أنّه لا اعتبار فى مفروض الكلام لبيّنه المنكر، كما أنّه لا تصل النوبه إلى حلفه لأنّ المدعى قد أقام البيّنه بما ادّعاه، ومقتضى التفصيل بين المدعى والمنكر بطلب البيّنه من الأوّل والحلف من الثانى أنّه لا اعتبار ببينه المنكر و لابحلف المدعى. و ربّما يحكى عن الشيخ قدس سره بتقديم بيّنه الداخل لكون بينته أقوى لتعاضدها باليد، ولمعتبره غياث بن إبراهيم فى فرض ذكر السبب فإنّه روى غياث بن إبراهيم عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان فى دابه

....

الشَرح:

وكلاهما أقاما البينه أنّه انتجها، فقضى بها للذى فى يده وقال: لولم تكن فى يده جعلتها نصفين بينهما».(1)

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم صحه استدلال الماتن قدس سره وأنّه لا اعتبار فى الفرض لبيّنه المدعى، حيث إنّ البينه المبتلاه بالمعارض لا تكون بينه يقضى بها، والتفصيل بين المدعى والمدعى عليه، يقطع الشركه فى مدرک القضاء، ولايدلّ على عدم اسقاط بينه المنكر المدعى عن الاعتبار، وعلى ذلک فالمتعيّن العمل بما تقدم وروده فى ذيل موثقه اسحقاق بن عمّار من أنّه يحكم بالعين لذى اليد مع حلفه، ويرفع اليد عن اطلاق معتبره غياث بن إبراهيم، حيث لم يرد فيها الحاجه إلى حلف ذى اليد، ولاخصوصيه لذكر السبب للملک، بل ظاهر المعتبره أنّ ذكر السبب لبيان أنّ المشهود به فى كل من البيّنتين الملک فعلاً لا فى السابق.

وأمّا ما عن الماتن قدس سره من أنّه ترجح بينه المتشبث فيما إذا شهدت بالسبب ولم تشهد بينه الخارج إلاّ بالملک المطلق فلا يمكن المساعده عليه، فإنّ مقتضى ما تقدم أن لا تعتبر بينه المتشبث ولو مع ذكر السبب كما هو مقتضى خبر البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر بناءً على ما ذكره قبل ذلک، والترجيح بالسبب أو بغيره مع عدم وروده فى خطاب شرعى معتبر بلا موجب.

وقد يناقش فيما تقدم من أنّه يحكم للمتنازعين بالمناصفه فى العين مع كونها بيدهما ويحكم بها للمتشبث مع حلفه على نفى دعوى الآخر فى فرض اقامه كلّ منهما البينه الحكمين مخالفان لمايستفاد من صحيحه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه عن أبى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 3: 182.

. ...

الشَرح:

عبداللّه علیه السلام قال: «کان علی علیه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بینهما علی أیّهما تصیر الیمین وکان یقول: أللّهمّ ربّ السماوات السبع أیّهم کان له الحق فأدّاه إلیه ثم یجعل الحق للذی یصیر إلیه الیمین إذا حلف».(1)

ومایستفاد من موثقه سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «أنّ رجلین اختصما إلی علی علیه السلام فی دابه فزعم کل واحد منهما أنّها نتجت علی مذوده وأقام کل واحد منهما بیّنه سواء فی العدد فأقرع بینهما سهمین علی کل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللّهمّ ربّ السماوات السبع و رب الأرضین السبع وربّ العرش العظیم عالم الغیب والشهاده الرحمن الرحیم أیّهما کان صاحب الدابه وهو أولی بها فأسألک أن یقرع وتخرج سهمه أحدهما فقضی له بها»(2)، وفی صحیحه الحلبی قال: سئل أبوعبداللّه علیه السلام عن رجلین شهدا علی أمر وجاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا؟ قال: یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین وهو أولی بالحق»(3)، والحلف ممّن أخرجته القرعه وإن لم یذکر فی الموثقه، ولکن یحمل علی الصحیحتین جمعاً.

وبالجمله: فمقتضی هذه الروایات أنّ مع تساوی البینتین یقرع للحالف، سواء أکان العین فی أیدیهما أم فی ید واحد منهما أم لم یکن فیأیدیهما أصلاً، فتکون المعارضه بینها و بین معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه الداله علی توجّه الیمین علی کل من المتداعیین فیما إذا أقاما بینه سواء أکان المال فیأیدیهما أم لم یکن، وأنّه إذا کانت العین بید واحد منهما یحلف من تکون العین بیده.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث 5: 183.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث 12 و11: 185.

....

الشَرح:

ولايمكن حمل المعتبره على صوره اختلاف البيّنتين فى الوصف والعدد، وحمل الصحيحتين والموثقه على صوره تساويهما، حيث إنّ اختلاف البينتين يناسب التقديم لا توجّه اليمين إلى كل منهما مع أنّه لم يعهد الفتوى بذلک التفصيل من أصحابنا.

أقول: يمكن الجواب عن المناقشه بوجهين:

الأوّل: أنّه لم يفرض فى صحيحتى عبدالرحمان بن أبى عبداللّه والحلبى اختلاف المتخاصمين فى ملكيه العين والموثقه وان كانت وارده فى الاختلاف فى ملكيتها إلاّ أنّها حكايه واقعه خاصه، ولعلّ على عليه السلام طلب فيهاتراضيهما بالقرعه فأقرع، ويؤيّد ذلک أنّه حكم فى العين بمجرّد خروج السهم بالملكيّه، وعلى ذلک فتحمل الصحيحتين على غير المخاصمه فى ملكيه العين برفع اليد عن اطلاقهما، فإنّ معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه وارده فى خصوص التنازع فى ملكيتهما.

الوجه الثانى: ولعلّه الأظهر أنّ معتبره غياث بن إبراهيم المتقدم، ظاهرها بيان حكم صورتين: إحداهما: أن تكون العين بيد أحدهما واقامتها البينه على ملكيّتها، وقد حكم فيها الإمام عليه السلام بتقديم من كانت يده على العين.

وثانيتهما: ما إذا كانت العين بيدهما معاً وفى هذه الصوره حكم عليه السلام بأنّ المال نصفين، حيث ورد فيها فقضى بها للذى فى يده، وقال لو لم تكن فى يده جعلت بينهما نصفين، وظاهر هذا الكلام أنّه لو لم تكن بيده خاصه بأن تكون فى أيدهما ولو كان المراد صوره عدم اليد عليها أصلاً لعبّر عليه السلام ولو لم تكن فى أيديهما.

ويؤيد ذلک المروى عن دعائم الإسلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام «أنّه قضى فى البيّنتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل

أمّا لو شهدت للمتشبث بالسبب، وللخارج بالملک المطلق، فإنّه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب ممّا لايتكرّر كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغه، وقيل بل يقضى للخارج، وان شهدت بينته بالملک المطلق، عملاً بالخبر والأوّل اشبه.

الشَرح:

واحد منهما وليس فى أيديهما، فأمّا ما كان فى أيديهما فهو بينهما نصفان وإن كان فى يدى أحدهما فإنّما البينه فيه للمدعى واليمين على المدعى عليه»(1) والتأييد راجع إلى خروج صورتى كون المال فى أيديهما أو فى يدى واحد عن الأخبار المتقدمه الظاهره باطلاقها فى اعتبار القرعه فى فرض اقامتها البينه سواء أكان المال بيد واحد أم بيدها أم لم تكن يد. لهما عليه.

وبالجمله: يؤخذ فى صورتى كون العين بأيديهما أو بيد واحد منهما بمعتبره غياث بن إبراهيم وما ورد فى صدر معتبره اسحاق بن عمار وما ورد فى ذيلها، فيقيّد بها اطلاق الروايات الوارده فى القرعه بين المتنازعين فيما إذا أقام كل منهما بينه بملكيه العين، والوجه فى التقييد كون معتبره غياث بن إبراهيم أخص منها لشمولها على ما إذا لم يكن المال فى أيديهما أصلاً وعدم شمول المعتبره لهذا الفرض، وبما أنّ صدر معتبره اسحاق بن عمّار و ذيلها مساوق لمعتبره غياث فيلحقان بها.

ولو فرض أنّ معتبره غياث أيضاً تشمل ما إذا لم تكن العين فى أيديهما بدعوى أنّ قوله عليه السلام ولو لم تكن فى يده عام يشمل ما إذا كان فى أيديهما وما إذا لم يكن فى أيديهما أصلاً لوقعت المعارضه بين الطائفتين، الطائفه الأُولى معتبر تا اسحاق بن عمّار وغياث، والثانيه الروايات الوارده فى اعتبار القرعه، وبعد تساقطهما يرجع إلى مقتضى القاعده الأوليه ومقتضاها كما تقدم اعتبار التحالف بلا فرق بين اختلاف واعتبار حلف

1- (1) المستدرک: 3 : الباب 10 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1، ص 199.

ولو كانت فى يد ثالث قُضى بأرجح البيّنتين[1] عدالةً. فان تساويا قضى لأكثرهما شهوداً و مع التساوى عدداً وعدالةً يقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف وقضى له، ولو امتنع أحلف الآخر وقضى له وإن نكلا قضى به بينهما بالسويه وقال فى المبسوط يقضى بالقرعه، إن شهدتا بالملک المطلق ويقسم بينهما إن شهدتا بالملک المقيّد، ولو اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الأُخرى، والاول أنسب بالمنقول.

الشَرح:

من تكون العين بيده بلا فرق بين اختلاف البينتين وعدمه.

[1] لو كانت العين بيد ثالث وادعى كل منهما ملكيتها وأقاما بينه بدعواهما فإن اعترف ذواليد بها لأحد هما يكون المعترف له هو المنكر والآخر هو المدعى، وبما أنّ بينه المدعى فيما إذا ابتلت بالمعارض لا تعتبر فيحلف المعترف له علي نفى دعوى غريمه كما إذا تقدم فى فرض كونها بيده، وأمّا إذا أقرّ لهما معاً يكون الفرض كما إذا كانت العين فى أيديهما وأقاما كل منهما البينه بأنّ العين له فيحكم بالمناصفه لهما مع حلفهما أو نكولهما وللحالف إذا نكل الآخر على ما تقدم.

وإن قال الثالث الذى بيده العين: أنّها ليست لى ولكن لا أدرى لمن هى فتلغى يده عليها، فيكون الفرض كما إذا ادّعيا مالاً لا يد فيه لأحدهما هى الصوره الرابعه من الصور المتقدمه. وقد ورد فى معتبره اسحاق بن عمّار المتقدمه «فقيل له فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البينه؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين»(1)، فيؤخذ بها بناءً على عدم المعارضه بين الطائفتين بتقييد اطلاق الطائفه الداله على الاقراع بغير التنازع فى ملكيه العين.بل يحكم بالمناصفه أيضاً فى صوره نكولهما بناءً على أنّ ما ورد فى معتبره غياث بن إبراهيم من قوله عليه السلام : «ولو لم تكن فى يده جعلتها نصفين»(2)، يعمّ صوره عدم

ويتحقّق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين[1] ولايتحقّق بين شاهدين الشَرح:

كون العين بيد المتنازعين ونكولهما عن الحلف، ولكن على تقدير الالتزام بالمعارضه وعدم العموم والاطلاق بالاضافه إلى صوره نكولهما حتى فى معتبره غياث بن إبراهيم تدخل الصورتان فى فرض ما إذا ادّعيا عيناً ليست لها يد ولا مدع آخر، فيقسم بينهما بقاعده العدل الجاريه في سيره العقلاء فى مثل المقام أو يقرع بينهما أخذاً بما ورد فى القرعه «بأنّها تخرج سهم المحق وأى قضيه أعدل من القرعه إذا فوّضوا أمرهم إلى اللّه عزّوجلّ». (1)

وبالجمله: ما ذكره الماتن قدس سره من الترجيح بين البيّنتين لا يمكن المساعده عليه بوجه.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا لم تكن العين التى تنازعا فيها فيأيديهما ولا بيد واحد منهما ولكن أقام أحدهما البينه بملكيتها له فإنّه لا ينبغى التأمّل فى الحكم بمقتضى البينه. ولكن قد يتبادر إلى الذهن أنّ الحكم المزبور ليس حاكماً قضائياً لأنّ الآخر ليس بالمدعى عليه لعدم مطابقه قوله بأنّ المال لى للحجه لابنفسه ولابلازمه من نفى ملكيه صاحب البينه؛ لأنّ أصاله عدم ملكيه صاحب البيّنه لولاها لم تثبت أنّه المالک والحكم على طبق البيّنه إنّما يكون قضاءً فيما إذا كان الآخر المدعى عليه فى الواقعه، ولذا ذكرنا أنّه لو لم تكن العين بيدهما ولا يد واحد منهما وادّعيا ولم تكن أيضاً بينه لهما ولا لأحدهما يؤخذ بمقتضى قاعده العدل أو بالإقراع والأخذ بالقاعده أو الإقراع فى الملكيه قضاءً حتى لا تسمع الدعوى بعد ذلک إذا ظفر أحدهما بالبيّنه على قوله.

[1] المشهور بين الأصحاب جريان التعارض بين البينتين وما يتبعه فيما إذا شهد رجلان عدلان بالعين لواحد وشهد عدل وامرأتان بها للآخر بناءً على اعتبار شهاده امرأتين مع رجل فى دعوى العين أيضاً وعدم اختصاص اعتبارها بالدين. ولكن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 13: 190.

وشاهد ويمين، وربّما قال الشيخ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما، ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين، دون الشاهد واليمين.

الشَرح:

لا تجرى فيما إذا كان لأحدهما شهاده رجلين وللآخر شهاده رجل مع يمينه أو شهاده امرأتين مع يمينه، بل لو كان الأمر كذلک تؤخذ بمقتضى البينه على ضوء ما تقدم.

والوجه فى ذلک أنّ ظاهر الروايات المتقدمه فى تعارض البينتين صوره تعدد الشاهد لكل من المتنازعين، فلا تعمّ ما إذا كانت لأحدهما بينه وللآخر شاهد ويمين، وكذا ما إذا كانت لأحدهما شهاده رجلين وامرأتين وللآخر شهاده امرأتين واليمين لارتكاز انّ المرأتين فى حكم رجل واحد فى الشهاده. وقد تقدم الاشكال فى اعتبار شهاده امرأتين مع رجل فى الشهاده بالعين، وعليه يشكل جريان التعارض السابق فيما إذا كان لأحدهما شهاده رجلين وللآخر شهاده رجل وامرأتين، ولكن استظهرنا اعتبار شهاده رجل واحد مع يمين المدعى أو شهاده امرأتين مع يمينه فى موارد العين أيضاً، ولاينافى التفكيک بين شهاده المرأتين مع الرجل وبين شهاده الرجل مع يمين المدعى فى موارد الشهاده بملكيه العين معتبره داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها «فقلت أنى ذكراللّه تعالى قوله: «فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ»(1) فقال ذلک فى الدين إذا لم يكن فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى إذا لم يكن امرأتان».

وذلک فإنّ غايتها عدم دلالتها على اعتبارشهاده رجل ويمين المدعى فى غير الدين، ولاينافى التعميم بحسب دلاله سائر ما تقدم، نعم لا بأس بالالتزام بدلالتها على الطوليه فى الاعتبار فلا يكون اعتبار مع البينه بشىء بشهاده رجل واحد ويمين المدعى الآخر بخلافه و لازم ذلک أن تقدم شهاده رجلين فيما إذا تعارض مع شهاده رجل وامرأتين.

1- (1) البقره: 282.

وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمه فانّما هو فى موضع يمكن فرضها كالأموال[1] دون ما يمتنع، كما اذا تداعى رجلان زوجه.

الشَرح:

ولكن التفريع غير صحيح، وذلک فإنّ الطوليه المستفاده منها بمعنى عدم وجدان المدعى بالدين شهاده رجلين، وأمّا عدم الاعتبار بشهاده رجل وامرأتين فيما إذا وجد المدعى الآخر رجلين للشهاده فلا دلاله للمعتبره على ذلک أصلاً.

فالعمده فى وجه عدم معارضه بينه أحد المدعيين فى العين مع شهاده رجل للمدعى الآخر مع يمينه ما تقدم من انصراف أخبار التعارض إلى صوره تعدد الشاهد لكل من المتنازعين فى العين.

[1] ذكر أنّ كل موضع يقضى فيه بالقسمه والتحالف أو النكول أو بغيرهما إنّما هو فى مورد قابل للقسمه، أمّا ما لاتمكن فيه القسمه كما إذا ادعى رجل زوجيه امرأه وأقام شاهدين بها وادعى آخر زوجيتها أيضاً وأقام شاهدين بها فلا يدخل فيما تقدم.

أقول: كان أولى ابدال فرض القسمه بفرض الشركه، ولعلّ مراده من القسمه الأعم من قسمه العين والقيمه.

وقد يقال فى التنازع فى زوجيه المرأه أنّ مع نكولهما يخلّى سبيلها واستشكل بعضهم بما إذا علم أنّها زوجه لأحدهما بل مع عدم العلم أيضاً، فإنّ البيّنتين وإن تساقطتا بالاضافه إلى مدلوليهما المطابقيين إلاّ أنّهما تنفيان بالالتزام كونه خلّيه أو زوجه لثالث.

وقد يقال بأنّها اعترفت لاحدهما بعينه يحكم بأنّها زوجه له أخذاً باعترافهما وإن لم تعترف لأحدهما يقرع بينهما، ولا يحتاج من خرج بالقرعه إلى الحلف، حيث إنّ القرعه لتعيين الزوج لها لا من يصير إليه الحلف، وفى روايه داود ابن أبى يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى رجل كانت له امرأه فجاء رجل بشهود أنّ

....

الشَرح:

هذه المرأه امرأه فلان وجاء آخران فشهدا أنّها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدّلوا قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بها»(1)، وظاهرها عدم الحاجه إلى اليمين بعد القرعه.

أقول: إنّها لضعفها سنداً غيرقابله للاعتماد عليها ومقتضى بعض الروايات المعتبره فى مثل دعوى الزوجيه الإقراع بين المتنازعين مع اعتبار ضم اليمين، وفى صحيحه الحلبى المتقدمه «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلک فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»(1)، وفى صحيحه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه المتقدمه «كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين الحديث»(3)، بناءً على ماتقدم من عدم اختصاصها بدعوى الحق المدعى ظهوره فى المال وظاهر التقييد فى حكايته عليه السلام الاقراع بصوره تساوى البينتين فى العدد أنّ مع عدم تساويهما نُرجح ما هو أكثر شهوداً، ولكن بما أنّ لادلاله لها على الحكم بمجرّد الترجيح فالمتيقن ضم اليمين، فيختصّ الاقراع بصوره تساوى البينتين كما هو ظاهر الفرض فى صحيحه الحلبى.

ولا دليل فى المقام أنّ مع نكول من رجّحت بينته أو أخرجتها القرعه يرد اليمين على المدعى الآخر ومع نكوله أيضاً يقرع مرّه ثانيه ليتعين الزوج كما هو المذكور فى كلام بعض الأصحاب، لأنّ ما ورد فى حلف الآخر وردّ اليمين فى موردين، أحدهما التنازع فى العين فى ملكيتها، والثانى ردّ اليمين من المنكر إذا ردّها على المدّعى هوأو

1- (2) المصدر نفسه: الحديث 5:183.

والشهاده بقديم المُلک اولی من الشهاده بالحادث، [1] مثل أن تشهد إحداهما بالملک فی الحال، والأُخری بقديمه، او احداهما بالقديم والاخری بالاقدم، فالترجيح لجانب الاقدم وكذا الشهاده بالملک اولی من الشهاده باليد لأنّها محتمله وكذا الشهاده بسبب الملک اولی بالشهاده بالتصرف.

الشَرح:

الحاكم والمفروض فی المقام من الحلف هو حلف المدعی الذی تثبت دعواه بالبينه بضم اليمين أو بالقرعه بضمّها.

وعلی ذلک فإن حلف من رجحت بينته أو أخرجتها القرعه ثبتت الزوجيه، وإلاّ يحكم بأنّها خلّيه فيما إذا لم تعلم بزوجيتها لأحدهما اجمالاً، كما هو مقتضی الأصل، وما ذكر من دلاله البينتين التزاماً فقد ذكرنا فی بحث الأصول أنّه لا مجال للدلاله الالتزاميه مع سقوط المدلول المطابقی عن الاعتبار بالمعارضه فی البيّنات وغيرها من الأمارات.

وممّا ذكرنا يظهر أنّها لو اعترف بزوجيتها لأحد المدعيين معيناً ثبتت الزوجيه بينهما باعترافهما، يعنی باعتراف كل منهما بالحق للآخر عليه، وعلی ذلک فيكون طرف المدعی الآخر كل من المعترفين، فأيّهما حلف علی نفی دعواه لسقوط بينته عن الاعتبار بالمعارضه سقطت دعواه.

[1] ذكر قدس سره لترجيح احدی البينتين المتعارضتين علی الأُخری مرجحات:

الأوّل: أن تشهد احدی البينتين بالملک لأحد المتنازعين فعلاً، والأُخری بقدم الملک للمتنازع الآخر.

الثانی: أن تشهد احداهما بقدم الملک لأحدهما والأُخری بالملک الأقدم للآخر ويسمّی كلا الفرضين بالترجيح بالتاريخ، وعلّل الترجيح فی بعض الكلمات بأنّ البيّنتين تتعارضان فی الملک فی الحال فی الفرض الأوّل وفی الحال، والقديم

....

الشَرح:

فى الفرض الثانى ولكن الملک بالاضافه إلى الماضى فى الأوّل والأقدم فى الثانى بلامعارض لاختصاص احدى البينتين به، فيستصحب ذلک الملک.

وربّما يستدل على ذلک بما ورد فى روايه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كان أيضاً اى على عليه السلام إذا اختصم إليه الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنّه اشتراها وزعم الآخر أنّه أنتجها فكانا إذا أقاما البينه جميعاً قضى بها للذى انتجت عنده».(1)

أقول: أمّا الروايه فلضعفها سنداً واحتمال اختصاص الحكم فى التنازع فى الجاريه لا يمكن أن تكون سنداً للترجيح بالتاريخ، والصحيح لو كانت شهاده احدهما بالملک السابق فقط، كمايوهم ظاهر المتن ولكن من أقامها كان نزاعه مع الآخر فى الملک فى الحال فلا تفيده البينه بملک القديم، بل يحكم بثبوت دعوى المدعى الآخر بملک الحال ببينته به من غير فرق بين كون العين بيد صاحب البينه بملک القديم أو بيد شخص ثالث، نعم إذا كانت العين بيدهما او بيد صاحب البيّنه بملک الحال فعليه أن يحلف لصاحب البيّنه بملک القديم، لأنّه يحسب منكراً إذاكان المال بيده بالاضافه إلى دعوى الآخر فى تمام المال أو بالاضافه إلى ما بيده من النصف، وقد تقدم أنّ بينه المنكر لا تغنى عن الحلف، أمّا إذا كانت بينه الملک القديم تشهد باستمرار الملک له من قديم الزمان إلى الحال، ولعلّه مراد الماتن قدس سره ففى الفرض البيّنتان متعارضتان وبما أنّ لكل من المتنازعين بينه فتدخل الخصومه فيما وردت فى معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم، فيؤخذ بهما على ما تقدم، وإن نوقش فى ذلک بأنّ المفروض فى المعتبرتين وغيرهما عدم اختلاف البينتين من حيث تاريخ المشهود به،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 15:186.

....

الشَرح:

والمفروض فى المقام اختلافهما فلا يعمل فى الفرض على ما تقدم من الصور فيما إذا تنازعا فى عين ولم يكن لأحدهما بيّنه بدعوى انّه بعد تساقط البينتين كما هو فرض عدم الدليل على الترجيح بالتاريخ ليكون المفروض من صغرياته، وذلک فإنّه لا بأس فى الفرض بالأخذ بصحيحه عبدالرحمان والحلبى والحكم بالإقراع ليتعين الحال منهما.

فلا يقال شهاده احدى البينتين بالاضافه إلى الملک الماضى بلا معارض، فيؤخذ به و يستصحب ونتيجه ذلک نتيجه تقديم البينه الشاهده بملک القديم. مضافاً إلى أنّه لا مجال لدعوى ثبوت الملكيه فى الماضى لعدم التعارض بالاضافه إليها، والوجه فى عدم المجال أنّ الملكيه فى الماضى مدلول بينه مبتلاه بالمعارض، وليس الملكيه السابقه مدلولاً مع قطع النظر عن الملكّيه الحاليّه لتنحلّ البينه القائمه بملک القديم إلى بينتين احداهما مبتلاه بالمعارض دون الأخرى.

الثالث من المرجحات: الترجيح بحسب المدلول بأن يكون مدلول احدى البيّنتين ملک العين لأحدهما و مدلول الأخرى كونها بيد الآخر حيث تقدم بينه الملک بدعوى أنّ اليد على العين أعم، فيمكن كونها للعاريه والوكاله وغيرهما.

ولا يخفى أنّ بينه الملک وإن يؤخذ بها، ولكن الأخذ ليس لترجيحها على البينه الأخرى، فإنّ بينه اليد لاتزيد على العلم الوجدانى بأنّ العين بيد من يدعى الآخر عليه ملكيتها، فيكون صاحب بينه اليد أو بينه التصرّف، حيث إنّ التصرّف مرجعه إلى اليد منكراً وصاحب بيّنه الملک مدعياً بلاتعارض بين البينتين، بل التعارض بين قولى المتنازعين.

والحاصل: انّ لفرض خارج عن مدلول الأخبار المتقدمه الظاهره فى فرض

الثالثه: لو ادعى شيئاً، فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه[1]

الشَرح:

التعارض بين البينتين، فيؤخذ فيه بقاعده البينه للمدعى بعد صيروره الآخر منكراً ببيّنه اليد أو التصرف.

ونظير ذلک ما إذا شهدت احدى البينتين بسبب الملک لأحدهما و الأُخرى بالتصرف من الآخر، حيث إنّ التصرّف عباره أُخرى عن کون العين بيد ذلک الآخر.

[1] لو کانت العين بيد واحد وادعاها آخران بأن قال کل منهما أنّها لى واعترف ذو اليد بها لأحدهما المعين فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ اقراره على نفسه، وملکيه غير المقرّ له غير محرزه، ليقال أنّ الاقرار هو على الغير أيضاً بل عدم الملکيه للغير محرز بالأصل، فيحکم بأنّ العين للمقرّ له فتتوجه دعوى غير المقرّ له بملکيه تلک العين إلى المقرّ له.

وهل لهذا المدعى أن يقول فليحلف ذو اليد على أنّه لم يکن عالماً بأنّ العين لى.

وبتعبير آخر: هل تسمع دعوى العلم على المقرّ؟ ذکر الماتن قدس سره تسمع لأنّه إذا لم يحلف ذو اليد وردّ اليمين هو أو الحاکم على مدعى العلم عليه فحلف يغرم ذو اليد قيمه العين؛ لأنّه حال بين العين ومالکها بالاقرار للآخر وذکره الحيلوله ظاهره سماع دعوى العين حتى مع بقاء العين بيد المقرّ له.

وذکر فى المسالک بعد تقييد السماع بصوره تلف العين أنّ السماع مبنى على أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه يعلم بأنّ العين کانت لمدعى العلم عليه يوجب غرم القيمه، أمّا إذا بنى على أنّ اقراره بذلک لا يوجب الغرم، کما عليه الشيخ فى احد قوليه، فسماع دعوى العلم مبنى على أنّ اليمين المردوده من ذى اليد المقرّ لاحدهما بالعين بمنزله البينه، أمّا إذاقيل بأنّ اليمين المردوده کإقراره فلاتسمع لعدم الفائده فى الدعوى المزبوره على تقدير کونها کالاقرار؛ لأنّه لو اعترف المقرّ بأنّه کان يعلم لا يوجب هذا الاقرار غرماً،

ص :364

حاضراً كان المقر له او غائباً فإن قال المدعى احلفوه انّه لا يعلم أنّها لى، توجهت اليمين، لأنّ فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل او ردّ وقال الشيخ: لا يحلف ولايغرم لو نكل والأقرب أنّه يغرم، لأنّه حال بين المالک وماله، باقراره لغيره ولو أنكر المقر له حفظها الشَرح:

فكيف ما هو بمنزلته، يعنى اليمين المردوده بخلاف ما إذا قلنا بأنّ اليمين المردوده كالبينه فإنّه تسمع دعوى العلم؛ لأنّه إذا قامت البينه بعد اعترافه بالعين للمقرّ له مع تلف العين بأنّه كان يعلم بأنّها للمدعى الآخر أخذ البدل على ما هو المقرّر فى باب تعاقب الأيدى على عين مع فرض تلفها، فتكون اليمين المردوده مثل قيام تلک البينه.

وناقش فى الجواهر بعد الإغماض عن تقييد السماع بصوره تلف العين بأنّه لو قيل بأنّ اليمين المردوده كالبينه القائمه بالدعوى فلاتسمع دعوى العلم، فإنّ البينه التى يوجب قيامها ضمان المقرّ هى البينه القائمه بأنّ العين كانت للمدعى الآخر، كما هو المعروف فى باب الإقرار، لا البيّنه القائمه بأنّ ذا اليد كان يعتقد عند اقراره لأحد المدعيين أنّ مالک العين هو المدعى الآخر واليمين المردوده بمنزله البينه على الدعوى المزبور كونها دعوى العلم على المقر لادعوى أنّ العين كان له، فإنّ هذه الدعوى تتوجّه إلى المقرّ له كماتقدّم.

أقول: قد تقدم أنّه لامجال لدعوى العلم على المقر فيما إذا أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ له مع بقائها أو بدلها مع تلفها، فإنّه قد وصل إليه ما كان مالكاً لها من نفس العين أو بدلها، وإذا لم يأخذ من المقر له ولو بتركه الدعوى عليه فيمكن له دعوى العلم على المقرّ، حيث إنّ دعوى العلم عليه يعدّ من دعوى الاتلاف وادخاله فى الخساره لنفوذ اقرار ذى اليد، ولايفرق أيضاً فى سماع هذه الدعوى بين بقاء العين وعدمه، واللّه سبحانه هو العالم.

الحاكم،[1] لأنّها خرجت عن ملک المقر ولم تدخل فی ملک المقر له، ولو اقام المدعی الشَرح:

[1] ولو أنکر المقر له کون العین له یسمع انکاره؛ لأنّه اعتراف علی نفسه، وعلی الحاکم أن یحفظ العین حتی یحرز مالکها، ولو أقام مدعیها بینةً أو شاهداً وحلف معه علی أنّ العین له یحکم بأنّها له، وإلاّ تبقی بید الحاکم، فیعمل فیها بوظیفه المال المجهول مالکه. واحتمل العلاّمه فی القواعد دفعها إلی من یدعیها ولو لم تکن له بینه أو شاهد بلا حاجه إلی یمینه؛ لأنّ دعواه من دعوی ملکیه عین بلا معارض ولا یخفی ما فیه فإنّ دعوی ملکیه المال تسمع فیما لم یکن بید من یکون وظیفته ایصاله إلی مالکه، کما هو المقرّر فی باب اللقطه والمال المجهول مالکه.

والمحکی فی الجواهر عن بعض العامّه أنّه لو نفی المقرّ له کون المال له یقال للمقرّ أنّک نفیت المال عن کونه لک، وقد ردّه المقرّ له أو نفی کونه له، فإن لم تقرّ به لمعروف بحیث تنصرف الخصومه إلیه أو لم تدعیه لنفسک جعلناک ناکلاً، وإذا حلف المدعی استحق المال.

ولا یخفی أنّ الذی یردّ مع نکوله الیمین علی المدعی هو من یتوجه إلیه الیمین ویمتنع عن الحلف، ومع اعتراف المقرّ بأنّه لیس المال له یدخل المال فی المجهول مالکه، ولا یتوجه إلیه یمین.

والمحکی عن العلاّمه فی التحریر أنّ العین تترک فی ید المقرّ حتی تقوم الحجّه بأنّها لغیره؛ لأنّ اقراره بأنّ المال لغیره قد بطل بانکار المقرّ له، وفیه أیضاً أنّ اقرار المقرّ بأنّ المال لیس له لم یبطل وإنّما بطل قوله بأنّ المال للآخر الذی عیّنه.

ثمّ إنّه لو رجع المقرّ له عن انکاره وصدّق المقرّ بأنّ العین له، فعن التذکره أنّ المقرّ له یأخذ المال لزوال حکم انکاره بتصدیقه ثانیاً وبقی اقرار المقرّ بلا معارض. ولا یخفی ما فیه أیضاً، فإنّه لا دلیل علی سماع تصدیقه بعد انکاره فإنّ انکاره اعتراف

بينةً قُضِى له وامّا لو اقرّ المدعى عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه وأُلزم البيان[1].

الشَرح:

على نفسه بخلاف تصديقه، نظير ما إذا رجع ذو اليد المقرّ عن اقراره بأنّ المال لغيرى فقال بل المال لى.

والمتحصل يأخذ الحاكم العين المزبوره ويعمل فيها بالوظيفه فى المال المجهول مالكه.

أقول: الوجه فيأخذ الحاكم العين مع أنّ المال المجهول مالكه إذا كان بيد انسان لا يؤخذ منه هو أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه لفلان مع انكار ذلک الفلان كونه له يعدّ من عدوان ذى اليد فى ذلک المال، فيؤخذ منه ولولم يكن منه اقرار ومن المقرّ له انكار لم يؤخذ منه لحمل يده فى المال على الصحه.

[1] لو اقرّ من بيده العين بأنّها ليست له بل للغير ولكن لم يعين ذلک الغير ذكر الماتن قدس سره أنّه لا تندفع الخصومه عنه، بل يلزم بالبيان.

أقول: يكفى فى دفع الخصومه عنه اعترافه بأنّ العين للغير غايه الأمر لو كان قوله أنّها للغير بحيث خرج المدعى من اطراف الاحتمال كما إذا قال إنّها ليست لى ولا لک بل للغير تتوجه الدعوى إلى المالک الغائب، فإن كانت للمدعى بيّنه أو شاهد وحلف معه يأخذ العين ويحكم بأنّها له مع أخذ الكفيل كما فى الدعوى على الغائب، ولو لم يكن له شاهد ويمين يترک العين بيد المقرّ فيما لو احتمل الصحّه فى يده عليها، بخلاف ما لو أقرّ أنّ يده على العين عاديه فإنّ الحاكم يأخذها كما مرّ.

والحاصل: أنّ الدعوى فى الفرض تنصرف عمّن فى يده العين إلاّ أن يدعى عليه بأنّه يعلم بأنّها للمدعى.

أمّا إذا كان قوله وليست لى العين بحيث لم يخرج المدعى عن أطراف الاحتمال كما لو قال: لاأدرى لمن هو لک أو لغيرک، فإن كان للمدعى بينه أو شاهد وحلف معه

الرابعه: إذا ادّعى أنّه آجره الدابه، و ادّعى آخر أنّه اودعه اياها تحقق التعارض[1] مع قيام البينتين بالدعويين، وعمل بالقرعه مع تساوى البينتين فى عدم الترجيح.

الشَرح:

أخذها ولا يحتاج فى الدفع إليه فى الفرض إلى الكفاله لعدم احراز كون دعواه على الغائب، كما فى دفع اللقطه والمجهول المالک إلى من أقام الحجّه بأنّه المالک، وما ذكر الماتن قدس سره من أنّه لو أقرّ من بيده المال للغير من غير تعيين يلزم بالبيان، فلا أرى له وجهاً صحيحاً بعد ما ذكرنا اندفاع الخصومه عنه بالاقرار المزبور والدعوى عليه بأنّه يعلم أنّ مالكها هو المدعى دعوى أخرى غير دعوى ملكيه المال عليه على ما تقدم.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه فيما لو قال أحد المتنازعين فى العين التى بيد زيد آجرتها منه، وقال الآخر: أودعتها عنده، يكون غرض كل منهما من دعوى الاجاره والوديعه ملكيه العين له لا لذى اليد و لا للمدعى الآخر، فمع تساوى البيّنتين يقرع بين المتنازعين على ماتقدم، وإلاّ يحلف من تكون بينته أرجح.

وفى الجواهر إن خرج أحدهما بالقرعه يحلف ويحكم بأنّ العين له، ومع عدم حلفه يحلف الآخر، ومع نكولهما أيضاً يقتسمان. وعلى ذلک يكون المفروض فى المقام من صغريات دعوى الاملاک، لا الاختلاف فى العقود.

أقول: هذا فيما إذا كان ظاهر كل من البينتين هو الشهاده بالمالک للمشهود له بالتصرّف، وإلاّ فمجرّد الشهاده بتصرّف لا توجب تحقق التعارض بين البينتين فى الملک، ليدخل المفروض فى المقام فيما ورد فى معتبرتى اسحاق بن عمّار وغياث ابن إبراهيم، أو ما دلّ على الاقراع فى تعارض البينتين مطلقاً، حيث إنّ ظاهرها تعارض البيّنه فى المدعى به.

ثمّ إنّه قد ذكرنا أنّ المفروض فى المقام لايدخل فى الاختلاف فى العقود نظير ما إذا كانت عين بيد زيد وادعى انّه استأجرها من عمرو وقال عمرو لا بل هى عاريه، فانّ هذا الاختلاف من الاختلاف فى العقود ويقدم قول المالک ولو مع البينه لكل منهما،

ص :368

....

الشَرح:

لأنّ من بيده العين معترف بأنّها ليست له، بل أنّه يملک منفعتها من المالک يعنى عمرو، والمالک ينكره، وبما أنّ بينه المدعى مبتلاه بالمعارض فيحلف المالک على نفى الإجاره، كما أنّه لو انعكس الأمر وادعى المالک أنّه استأجرها سنه وقال من بيده العين أنّه أودعهما عنده يحلف ذواليد؛ لأنّ المالک يدعى عليه الأجره، والأصل عدم وقوع الاجاره.

ومايقال أنّه يقدم قول المالک لأنّ الأصل فى الأموال ضمان المنافع والأعيان بضمان معاملى أم بغيره ويستفاد ذلک من الروايات المتفرقه والسيره لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ الثابت موارد وضع اليد على مال الغير بلا ثبوت الاذن من المالک فى الوضع أو ثبوت عقد موجب للضمان بنفسه أو بالاشتراط، والمفروض فى المقام اذن المالک فى وضع اليد، والأصل عدم ثبوت الاجاره.

هذا كلّه بحسب القاعده الأوّليه، ويمكن أن يدعى مع قيام البينه لقول كل من المالک ومن بيده العين يدخل الفرض فى مدلول صحيحه عبدالرحمان المتقدمه الداله على أنّ مع تساوى البينتين فى الوصف والعدد يخرج من يقع له الحلف على غريمه بالقرعه، ونحوها صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه واختلفوا قال يقرع بينهم فأيّهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء»(1)، وصحيحه الحلبى المتقدمه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلک فاختلفوا قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»(2)، ومع اختلاف البينتين فى العدد يحلف من كان عدد شهوده أكثر على ما تقدم.

الخامسه: لو ادعى داراً فى يد انسان واقام بينه أنّها كانت فى يده امس، او منذ شهر قيل لا يسمع هذه البينه [1] وكذا لو شهدت له بالملک امس، لأنّ ظاهر اليد الآن الملک،

الشَرح:

وبالجمله: لا يختص ما تقدم فى تعارض البينتين بدعوى الاملاک بل يجرى ما دلّ على الترجيح بالعدد والاقراع مع التساوى فى موارد الاختلاف فى العقود ولكنها موهومه، فإنّ ظاهر ما ورد فى الترجيح أو الاقراع ما إذا كان التنازع فى أمر يتردّد أمره بين شخصين أو أكثر.

[1] لو كانت دارٌ فى يد زيد وادعاها عمرو وأقام بينه فشهدت بأنّ الدار كانت بيد عمرو قبل شهر أو أنّها كانت لعمرو قبل شهرين من غير أن تشهد بملكيتها له فعلاً فقد يقال كما هو ظاهر الماتن قدس سره أنّه تسمع هذه البينه، حيث يثبت بها ملک عمرو سابقاً، ويستصحب هذا الملک، فيثبت أنّها ملک عمرو فعلاً فتكون البينه مع الاستصحاب المزبور مثبته لملكها لعمرو فتؤخذ الدار من زيد وتعطى لِعمرو.

أقول: لا تسمع البيّنه المزبوره حتى إذا شهدت بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر والوجه. فى ذلک أنّ القضاء بكون الدار لأىّ منهما لابد أن يستند إلى بيّنه المدعى، ومع عدمها تصل النوبه إلى يمين المدعى عليه بعد تمييز المدعى عليه عن المدعى.

ونقول فى تمييز المدعى عليه فى المقام أنّ البينه بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر لا تثبت الملک لعمرو فعلاً ولا تجعل عمرواً لمدعى عليه، لأنّه شهدت بالسابق ولا يستصحب الملک السابق فى مقابل اليد الفعليه لزيد لحكومه قاعده اليد على الاستصحاب، كما هو المقرر فى محلّه، ومقتضى اليد الحاليه لزيد أنّ الدار ملک له فعلاً، فيكون عمرو مدعياً، وبما أنّه لا بينه له بملكيه الدار فعلاً تصل النوبه إلى احلاف ذى اليد، ومع حلفه تسقط دعوى عمرو.

هذا فيما إذا لم يعترف زيد بأنّ الدار اشتراها من عمرو و إلاّ تنقلب الدعوى فيصير

فلا يدفع بالمحتمل وفيه اشكال، ولعلّ الأقرب القبول وأمّا لو شهدت بينه المدعى أنّ صاحب اليد غصبها أو استأجرها منه حكم بها لأنّها شهدت بالملک، وسبب يد الثانى ولو قال غصبنى ايّاها وقال آخر بل اقرّ لى بها، واقاما بينه قُضى للمغصوب منه[1] ولم يضمن

الشَرح:

عمرو المدعي عليه وزيد هو المدعى، وذلک فإنّه لااعتبار باليد فيماكان صاحبها معترفاً بأنّ المال انتقل إليه من مدعيه، ويكون متقضى الاستصحاب بقاء الملک القديم بعد سقوط اعتبار اليد، وقول عمرو مطابق لذلک الاستصحاب، فيحلف على عدم نقلها إلى زيد.

ونظير ذلک ما لو شهدت البينه بأنّ زيداً اعترف بأنّ العين كانت لعمرو فاشتراها منه، فإنّ ثبوت اعترافه بالبينه يوجب سقوط يده الحاليه على العين عن الاعتبار، وهذا هو الفارق بين شهاده البينه بأنّ الدار كانت قبل شهر لعمرو، حيث لا توجب هذه الشهاده سقوط اليد الحاليه عن الاعتبار، وبين البينه باعتراف زيد بأنّ الدار كانت لعمرو فاشتراها منه.

ونظير البينه باعتراف زيد الشهاده بأنّ يد زيد كانت على العين يد عدوان أو يد استيجار فى الدار، فإنّه يستصحب بقاء الدار على ملک عمرو، ولايكون هذا من تقديم الاستصحاب على اليد الفعليه، بل اليد المحرزه حالهاسابقاً غير معتبره فى الملكيه الفعليه فيما إذا كان المالک سابقاً منكراً لانتقالها أو مطلقاً على ما ذكر فى محلّه.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو كانت العين بيد شخص، وادعى عمرو عليه بأنّه قد غصبها منه وأن يده فيها يد غصب، وادعى زيد أنّ العين له، حيث إنّ ذا اليد اعترف بأنّها له، وأقام كل من عمرو وزيد بينه، عمرو بالغصب منه وزيد بالاقرار له، أنّه يحكم بأنّ العين لعمرو و لايخسر ذو اليد لزيد البدل حيث إنّ ما تقدم من أن المقرّ يغرم للمقرّ له البدل يختص بما إذا كان دفع العين إلى أحد المتنازعين باقراره أيضاً، كما إذا أقرّ للعين بعمرو ثم أقرّ

المقرّ لأنّ الحيلوله لم تحصل باقراره بل بالبينه.

الشَرح:

بها لزيد، فإنّه يخسر لزيد بدلها، ولكن دفع العين إلى عمرو فى مفروض الماتن قدس سره بالبينه التى شهدت بأنّ العين مغصوبه من عمرو فلايكون اقرار ذى اليد بعد ذلک بأنّها لزيد اقراراً باتلاف العين له، كما فى صوره الاقرار بعد الاقرار.

ص :372

المقصد الثانى

فى الاختلافات فى العقود

إذا اتّفقا على استئجار دارٍ معينهٍ شهراً معيّناً واختلفا فى الأجره واقام كلّ منهما بيّنه بما قدّره، فإن تقدّم تاريخ أحدهما عُمِل به[1] لأنّ الثانى يكون باطلاً وإن كان التاريخ واحداً، تحقّق التعارض إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين و حينئذٍ يقرع الشَرح:

[1] قد تقدم أنّ مع فرض التعارض بين البينتين لايكون تقدم التاريخ مرجحاً لاحداهما أو معيناً، كما إذا علم وقوع عقد ايجار واحد، فكل من البينتين تنفى وقوع الآخر وتقدم التاريخ فى احداهما وتأخره فى الأُخرى لا يوجب سقوط دلالتهما الالتزاميه أو ارتفاع تلك الدلاله عمّايعيّن التاريخ فى التأخر، وعلى ذلک فلا فرق بين اتحادهما فى التاريخ أو اختلافهما.

وقد يقال إنّ فى موارد الاختلاف فى الأُجره، سواء أكان الاختلاف بالزياده والنقيصه أم بالتباين، كما إذا عيّنت احداهما الأُجره بالدينار والأُخرى بالدرهم يكون الحكم هو التحالف بلا فرق بين كون المخاصمه قبل استيفاء المنفعه أم بعده؛ وذلک فإنّ المعيار فى كون أحد المتخاصمين مدعياً والآخر منكراً هو ملاحظه مصب الدعوى، لا الغرض المترتب على ذلک المصب، والمراد بالمصب ما يذكره المتخاصمان، وعليه فلو ادعى مالک الدار أنّ الأُجره فى عقد الاجاره عشره، والآخر أنّ الأُجره فى عقدها خمسه فكل منهمايدعى عقداً خاصّاً، حيث يختلف عقد عن عقد

بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا فى المبسوط وقال آخر يقضى ببيّنه الموجر، لأنّ القول قول المستأجر لو لم يكن بيّنه إذ هو يخالف على ما فى ذمّه المستأجر فيكون القول قوله.

ومن كان القول قوله مع عدم البيّنه، كانت البيّنه فى طرف المدعى وحينئذ نقول: هو مدع زياده، وقد أقام البيّنه بها فيجب أن يثبت و فى القولين تردّدٌ.

الشَرح:

آخر باختلافهما فى أحد العوضين، فدعوى المالک أنّه استأجرها بعشره، كما أنّها تنفى بالأصل كذلک دعوى الآخر أنّه استأجرها بخمسه. ولا اعتبار فى الأصل الجارى فى عدم اشتغال ذمه المستأجر بالخمسه الزائده، فإنّه لا اعتبار فى تشخيص المدعى عن المدعى عليه بالأصل الجارى فى الغرض، بل الملاک فيه بالأصل أو القاعده الجاريه فى نفس مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعده الجاريه فيه فهو المدعى عليه، فتطلب البينه من الآخر، وإن كان قول كل منهما مخالفاً للأصل أو القاعده الجاريه فيه فكل منهما مدّعٍ و منكر، فتصل النوبه إلى التحالف.

وهذا ظاهر كلام الشيخ قدس سره فى المبسوط، واحتمله الماتن والعلاّمه ومال إليه فى جامع المقاصد، وعليه فعند اختلافهما فى مقدار الأجره المسماه والبينه لكل منهما يخرج من يقدم بينته ويحلف صاحبها، أمّا مع عدم البينه لواحد منهما فيحلفان، ويحكم بانفساخ عقد الإجاره، فإن كانت المخاصمه بعد الاستيفاء يملک مالک الدار اجره المثل إلاّ إذا كان مايدعيه من الأُجره أقل من اجره المثل فإنّه يحكم بالأقل أخذاً باعترافه بأنّه لا يستحق الزائد، وأمّا إذا كانت قبل الاستيفاء فترجع الدار بمنافعها إلى مالكها ولاشىء على المستأجر.

لا يقال: يترتب على ما ذكر أنّه لو ادعى المقرض أنّه أقرضه عشره، وقال الآخر: اقترضت خمسه، أن يحكم بالتحالف لاختلاف العقدين، وكذلک فيما إذا اختلفا فى

....

الشَرح:

الإبراء، فقال المدين أبرأتنى من الألف، وقال الدائن: أبرأتک من المائه مع أنّه يظهر اتفاقهم على تقديم قول منكر الزياده فى القرض والإبراء، وبذلک أجاب الشهيد الثانى فى المسالک عن القول بالتحالف فى مسأله الاختلاف فى مقدار الأجره المسماه.

فإنّه يقال: لو تسالما على جريان عقد قرض واحد، واختلفا فى أنّ متعلّق العقد كان العشره أو الخمسه فيحكم بعد التحالف بتنصيف الخمسه الزائده لقاعده التنصيف، أمّا إذا ادّعى الدائن أقرضتک عشره ولم يذكر أنّه باقتراض واحد أو متعدد، وقال المديون أنّه اقترض خمسه فالمورد من موارد الدعوى والانكار، ويظهر من كلام صاحب الجواهر اختيار ذلک فى المقام.

ولكن المحكى عن مفتاح الكرامه أنّه نسب إلى المشهور أنّه يلاحظ فى تعيين المدعى عن المنكر الغرض، لامصب الدعوى؛ فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعده بحسب الغرض فهو المدعى عليه، والآخر مدّعٍ، وإن كان قول كل منهما مخالفاً يكون من مورد التحالف، وعلى ذلک تكون مسأله الاختلاف فى مقدار الاُجره أو مقدارا المال المقترض أو مقدار المال المبرء من موارد الدعوى والانكار.

أقول: هذه المسأله يعنى كون المعيار فى تشخيص الدعوى والانكار مصب الدعوى أو الغرض وإن لم تكن معنونه فى كلمات الأصحاب استقلالاً، إلاّ أنّه استظهر القولين من كلمات الأصحاب فى موارد الاختلاف فى العقود، وقد تقدم سابقاً أنّه لم يرد فى الروايات غير كون البيّنه على المدعى واليمين على من ادعى عليه، ومن يقول بملاحظه مصب الدعوى يلتزم بأنّ صدق عنوانى المدعى والمدعى عليه بملاحظته كما أنّه يلتزم من يقول بملاحظه الغرض بأنّ صدقهما بلحاظه.

ولكن بعد التسالم على أنّ الشارع لم يخترع فى الدعوى على الغير اصطلاحاً، بل

....

الشَرح:

هی بمعناها العرفی موضوع للحکم فمعنی الدعوی علی الغیر عرفاً أن یکون قوله مشتملاً لمطالبه الغیر بحق مالی أو غیره أو ثبوت ما یزول معه ما کان للغیر من الحق ممّا یحتاج کل من الحق وثبوت المزیل عند العقلاء إلی الإثبات من غیر فرق بین أن یذکر ذلک الحق أو المزیل بالدلاله المطابقیه أو بالدلاله الالتزامیه، بخلاف المدعی علیه فإنّ قوله لایشمل مطالبه الغیر بحق، لم یثبت أو ینفی أن یکون علیه للغیر حق ولعدم مخالفه قوله الحجّه المعتبره فی حق الجاهل، ومنه القاضی بینهما لایحتاج قوله إلی الاثبات.

ثمّ إنّ الحجّه عند الجهل بالواقعه تختلف فقد یکون ما هو الحجّه شرعاً عند الجهل بالواقعه ممّا لا یعتبره العقلاء، وقد یکون ما یعتبره العقلاء مردوداً من قبل الشارع فیرتب علی ذلک أن یکون المدعی علیه فی المورد الثانی عندهم مدعیاً بحسب الشرع، کما إذا اتّفقا علی جریان عقد علی العین الخارجیه واختلفا فی کونه بیعاً لها بألف أو اجارتها عشر سنوات بألف، فالمالک یدعی أنّه استأجرها والآخر یدعی أنّه اشتراها ربّما أنّ الاستصحاب حجّه شرعاً عند الجهل بالواقع وانّه أصل عملی لا یثبت به اللوازم فیکون مالک العین منکراً لمطابقه قوله مع استصحاب عدم البیع وعلی الآخر اثباته، ولایعارض الاستصحاب فی ناحیه عدم البیع بالاستصحاب فی ناحیه عدم اجارتها؛ لأنّ الاستصحاب فی ناحیه عدم الاجاره لا أثر له للعلم بأنّ الآخر یملک منفعه العین فی عشر سنوات إمّا استقلالاً أو تبعاً لملک العین، کما أنّ المالک یملک الألف إمّا اجاره أو ثمناً والمفروض أنّ الاستصحاب فی عدم الاجاره لا یثبت وقوع البیع، فیبقی الاستصحاب فی ناحیه عدم البیع بلامعارض، من غیر فرق بین طرح الدعوی کما ذکر أو طرحها بأن قال المالک العین بید القابض أمانه بالاستئجار وقول الآخر أنّ یده علیها

....

الشَرح:

يد ملک بالشراء منه.

والحاصل: إن أراد القائل باعتبارمصب الدعوى أنّ مع جريان الأصل أو القاعده فى المصب الحاكمه على القاعده أو الأصل الجارى فى الغرض يلاحظ الأصل الحاكم أو القاعده الجاريه فى المصب الحاكمه على ما فى ناحيه الغرض فهو صحيح، كما ذكرنا، حيث لا اعتبار بالأصل المسببى مع وجود الأصل الجارى فى السبب، وإن أراد أنّه مع عدم أصل معتبر أو قاعده معتبره فى المصبّ لا اعتبار بالأصل أو القاعده الجاريه فى الغرض فقد ذكرنا ضعفه وأنّه لا موجب للحاكم أن يرفع يده عن تلک الحجّه بعد ما تقدم من توضيح الدعوى على الغير.

وعلى ما ذكرنا ففى موارد الاختلاف فى البيع والإجاره مع اتفاقهما فى العوض كما فى المثال المتقدم يقدّم قول المالک فى عدم البيع، ومع عدم اتفاقهما فى العوض يكون الحكم هو التحالف، أمّا فى مسأله الاختلاف فى الأُجره بعد اتفاقهما على الإجاره فالقول قول من يدعى الأقل، فمدعى الزياده عليه البيّنه ومع عدمها يحلف الآخر على عدم الزياده، كانت الخصومه قبل استيفاء المنفعه أم بعده؛ وذلک لأصاله براءه ذمه المستأجر عن الزائد من الأقل، بل لأصاله عدم جريان الاجاره على الأكثر. ولايعارض بالاستصحاب فى ناحيه عدم جريان الإجاره على الأقل، حيث إنّ اشتغال ذمه المستأجر بالأقل محرز فلا مورد فيه للاستصحاب وبالاضافه إلى وقوع الاجاره على الاكثر من الأصل المثبت، وممّا ذكر يعلم الحال فى مسألتى دوران القرض والمقدار فى الإبراء بين الأقل والأكثر.

لو ادّعى استئجار دار فقال الموجر بل آجرتک بيتاً منها، قال الشيخ يقرع بينهما[1] وقيل القول قول الموجر، والأوّل اشبه، لأنّ كلاً منهما مدعٍ ولو اقام كلّ منهما بينه، تحقق التعارض مع اتّفاق التاريخ، ومع التفاوت يحكم للأقدم، لكن إن كان الأقدم بيّنه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته، وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره.

الشَرح:

[1] لو ادعى استئجار دار فقال مالكها آجرتک بيتاً منهايحلف المالک على عدم اجاره الدار فتسقط دعوى المستأجر؛ لأنّ أصاله عدم اجاره الدار بتمامهاتوافق قول مالكها، ولاتجرى أصاله عدم جريانها على البيت؛ فإنّها لا تثبت جريانها على الدار.

والمتحصل: أنّه لا فرق بين الاختلاف فى مقدار الأجره والاختلاف فى مقدار العين المستأجره أو الاختلاف فى المده المستأجر فيها، ففى جميع موارد التردّد والخلاف بين الأقل والأكثر يقدم من يقول بالأقل، ويحلف على نفى الزياده، إلاّ أن تكون المدعى الأكثر بينه غير مبتلاه بالمعارض.

وإذاكان الاختلاف فى الأُجره أو فى العين المستأجره أو فى المده من الاختلاف فى المتباينين يكون المورد من موارد التداعى فيتحالفان، فيحكم بالانفساخ كما إذا قال المؤجر آجرتک البيت الشرقيه، وقال المستأجر: استأجرت الغربيه؛ لأنّ المستأجر يدعى ملكيه منفعه البيت الغربيه والمؤجر ينكرها والمالک يدعى استحقاقه الأجره بدفع البيت الشرقيه وينكره المستأجر.

بقى الكلام فيما ذكره الماتن قدس سره فى صوره اختلافهما فى مقدار العين المستأجره، كما إذا شهدت احدى البينتين أنّ المالک آجر البيت سنه بكذا أى بعشره مثلاً، وشهدت بينه أُخرى بأنّه آجر الدار سنه بعشره، فإن اتّحد تاريخ عقد الاجاره فى شهادتهما تعارضتا، ومع اختلافهما فى تاريخ عقد الإجاره فإن كان التاريخ فى بيّنه اجاره البيت أقدم يحكم بكون البيت مستأجره سنه بعشره، ويحكم أيضاً باجاره بقيه الدار بجزء من

....

الشَرح:

العشره، بحيث يكون مساوياً بنسبه اجره المثل لإجاره الدار، مثلاً إذا كانت اجره المثل للبيت نصف اجره المثل للدارتصحّ اجاره بقيه الدار بنصف العشره، فتكون تمام منفعه الدار للمستأجر فى السنه بازاء خمسه عشر.

وذلک لامكان وقوع كل من الاجارتين بين المؤجر والمستأجر وان لم يدعيا، بأن وقعت الاجاره على البيت أوّلاً بالعشره، ثمّ تجرى الاجاره على الدار، وبما أنّ الاجاره الثانيه باطله بالاضافه إلى البيت لاتفاقهما على عدم اقالتها به فيبطل نصف الأُجره من اجاره الدار، ويبقى نصفها، وهومع اجره البيت المستأجر أوّلاً خمسه عشر.

أقول: لايمكن للحاكم الحكم المزبور فيما إذا علم بجريان عقد واحد على العشره، إمّا بإزاء سكنى البيت أو بإزاء سكنى الدار. بل لا يمكن ذلک حتى مع احتمال تعدد العقد مع اعتراف المالک بأنّه لايستحق على المستأجر أزيد من العشره، وإلاّ لأمكن أن يقال بالعمل بالبيّنتين معاً فيما إذا قال المالک آجرتک الدار الشرقيه بعشره وقال المستأجر آجرتنى الدار الغربيه بعشره وأقام كل واحد منهما بينه.

وبالجمله: البيّنتان فى مثل المفروض متعارضتان، والترجيح بالأكثريه والاقراع مع عدمه مبنى على دعوى عموم ما ورد فى تعارض البيّنات بالاضافه إلى جميع موارد المخاصمات، أمّا بناءً على اختصاصها بموارد تردّد الحق بين الشخصين المتنازعين فيه وعدم شمولهما لمثل ما إذا تردّد العقد بين عقدين وتنازعهما فيه فيؤخذ فى المقام بقواعد القضاء، ومقتضاها فى الفرض توجه اليمين على مالک الدار لمطابقه قوله مع استصحاب عدم جريان العقد على الدار ومع اقامتهما البينه لا تكون للمستأجر المدعى بينه مثبته لدعواه لابتلائهما بالمعارض على ما تقدم.

لا يقال: لا يكون المثال من موارد الدعوى والإنكار، بل من موارد التداعى،

لو ادّعى كلّ منهما أنّه اشترى داراً معينه، وأقبض الثمن وهى فى يد البائع، قُضى بالقرعه[1] مع تساوى البيّنتين عدالةً وعدداً وتاريخاً و حكم لمن خرج اسمه مع يمينه ولا يقبل قول البائع لأحدهما، ويلزمه إعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدحم البيّنتان فيه.

الشَرح:

والحكم فيه التحالف، لأنّ أصاله عدم جريان الإجاره على الدارتعارضها أصاله عدم جريانها على البيت بعشره.

و بتعبير آخر: كما أنّ المستأجر يدعى أنّ حقه سكنى الدار بدفعه العشره إلى مالكها، والاستصحاب في عدم جريان الاجاره على الدارينفى هذا الحق له، كذلک مالک الدار يدعى أنّ حقه العشره بتسليم البيت والاستصحاب فى ناحيه عدم جريان الاجاره على البيت بعشره ينفى هذا الحق ، فإنّه يقال: إنّ على المالک تسليم البيت وتملّكه العشره على المستأجر المتفق عليها بينهم، والمستأجر يدعى لزوم تسليم الأزيد من البيت من باقى الدار.

والحاصل: أنّ للمالک المطالبه بما له على ما هو مقتضى سلطنته على أمواله، إلاّ أن يتملّكه بإزاء ما لم يدفعه إلى صاحبه، والاستصحاب فى عدم جريان الاجاره على غير البيت من باقى الدارينفى تملكه العشره بازاء سكنى الدار، وهذا بخلاف المستأجر فإنّ المعلوم من تملّكه بإزاء العشره هو سكنى البيت، والاستصحاب المزبور ينفى تملّكه سكنى باقى الدار.

[1] لو ادعى كل من الاثنين على من بيده العين أنّه قد باعها منه وقبض ثمنها فتاره يفرض عدم البينه لهما، ولا لأحد هما، وأخرى تكون البينه لكل منهما، وثالثه لأحدهما خاصه، وعلى كل الفروض يكون المدعى عليه من بيده العين وهو البائع، وفى الفرض الأوّل فإن أنكر بيعها من واحد منهما وقبض الثمن يحلف على النفى لكل منهما، وإن

....

الشَرح:

اعترف لواحد منهما يؤخذ باقراره ويحكم بأنّ العين له ويحلف للآخر على النفى.

وربّما يقال: أنّ مع اعترافه لأحدهما تسقط دعوى الآخر على البائع بناءً على أنّ اقراره لأحدهما من تلف المبيع قبل قبضه.

وفيه: أنّه لاوجه لسقوط دعوى الآخر، سواء أقلنا بأنّ اقرار من بيده العين من تلف المبيع قبل القبض أم من إتلافه، فإنّه على فرض القول بالانحلال بالاقرار فالمدعى الآخر يطالبه باسترداد ما قبضه من الثمن، وعلى فرض عدم الانحلال يطالبه ببدل ما أتلفه عليه من العين المبيعه منه.

نعم لو أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ بالاقرار أو باليمين المردوده فلايبقى مجال لدعواه على من كانت بيده لوصول حقّه إليه على ما تقدّم.

وإن أقرّ من بيده العين ببيع نصفها من كل منهما تكون العين بينهما بعد حلف ذواليد لكل منهما على نفى بيع تمام العين من كل منهما وإذا كانت لأحد المدعيين بينه دون الآخر، كما هو الفرض الثالث يحكم بأنّ العين لصاحب البينه لثبوت دعواه حتى ما لو أقر ذو اليد بأنّه قد باعها من الآخر دونه لأنّ البينه القائمه تثبت انّ اقراه بالبيع من الآخر ليس من اقرار اليد المالكه لتسمع بالاضافه إلى بيعها من الآخر. نعم على ذى اليد أن يدفع الثمن للمقر له لاعترافه بأنّه أخذ منه ما اثبتت البينه كونه للغير.

أمّا إذا كانت لكل منهما بينه، كما هو ظاهر فرض الماتن قدس سره فإن كان مدلول كل من البينتين بحيث ينفى مدلول الأخر فتدخلان فى المتعارضتين، وقد تقدم سابقاً أنّ البينه المبتلاه بالمعارض لا تكون ملاكاً للقضاء، ولاتفيد المدعى فتصل النوبه إلى حلف ذى اليد.

وبتعبير آخر: الحكم فى هذا الفرض كالحكم فى الفرض الأوّل بلافرق بينهما.

ودعوى الرجوع إلى المرجح ومع عدمه إلى الاقراع ليحلف صاحب البينه

....

الشَرح:

الراجحه أو المخرج قرعته لا يمكن المساعده عليها، فإنّ ما ورد فى الترجيح أو الاقراع فيما إذا أحرز أنّ الحق مردّد بين المتنازعين يعنى صاحب البيّنتين والمفروض فى المقام أنّ من بيده العين ينفى كون الحق لغيره.

وكذا لايمكن المساعده على ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ مع الحكم بالعين لأحدهما يلزم من بيده العين ردّ الثمن إلى المدعى الآخر؛ لأنّه لا تعارض بين البينتين بالاضافه إلى أخذه الثمن من كل منهما فيعمل بهما فى أخذه.

والوجه فى عدم المساعده أنّ المشهود به لكن من البينتين الأخذ بعد البيع، وإذا فرض تعارضهما فى بيعها من كل منهما فكيف لاتتعارض فى القبض المتفرع على البيع من كل منهما.

نعم إذا لم يكن بين البينتين تعارض، كما إذا شهدت إحدى البيّنتين أنّه قد باع العين من زيد فى أوّل هذا الشهر، وشهدت الأُخرى أنّه قد باعها فى نصف هذا الشهر من عمرو، ولاندرى أنّه قد باعها من قبل لزيد أم لا، ففى هذا الفرض يحكم بأنّ العين لزيد وانّ على البائع ردّ الثمن المأخوذ من عمرو عليه، والوجه فى ذلک ظاهر بعد الإحاطه بما تقدم.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّه إذا فرض ثبوت البيعين فيما لم تكن لكل من المدعيين بينه، أو كانت البينه لكل منهما، كما إذا لم يحلف من بيده العين على نفى البيع لواحد منهما بل حلف كل منهما باليمين المردوده بردّه أو بردّ الحاكم، فهل يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفه لوقوع المخاصمه والحكم فى زمان واحد ويرجع كل منهما إلى من بيده العين بنصف الثمن الذى ادعى اقباضه إيّاه. أو أنّه يقرع فيمن له اليمين المردوده حيث إنّ العين الواحده لا يمكن أن تكون ملكاً لكل من الإثنين بتمامها ولا يدخل الفرض فى مدلول معتبره اسحاق بن عمّار أو معتبره غياث بن إبراهيم

ولو نكلا عن اليمين قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن، و هل لهما أن يفسخا؟ الأقرب نعم لتبعّض المبيع قبل قبضه ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم وفى لزوم ذلک له تردّد اقربه اللزوم.

ولو ادّعى اثنان أنّ ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع[1] واقام كلّ منهما بيّنه، فإن الشَرح:

ولا فى الأخبار الوارده فى الإقراع عند الاختلاف البينتين ويشهد لخروج الفرض عن مواردها أنّه لو لم يحلف المدعيان بعد ردّ اليمين عليهما يبقى العين بيد من ينفى بيعها منهما كما لا يخفى لايبعد الإلتزام بالثانى، وأنّه إذا حلف احدهما باليمين المردوده تنصرف الخصومه عن مدعى الآخر إليه.

ثمّ إنّه بناءً على تنصيف العين بينهما وردّ نصف الثمن المدعى على كل من المدعيين يجوز لكل منهما فسخ البيع الذى أثبته باليمين المردوده لتبعّض الصفقه عليه ولو فى مقام التسليم، وإذا فسخ أحدهما فهل يلزم بيعه؟ قيل بذلک، لأنّ الخيار الثابت ليس لتبعّض الصفقه عليه فى مقام المعامله لاحتمال وقوع بيعه قبل وقوع بيع الفاسخ أو لم يقع بيع قبل بيعه أصلاً؛ فيكون الخيار الثابت لتبعّض الصفقه عليه فى مقام التسليم أى عدم تمكّن البائع على تسليم تمام المبيع، ومع فسخ أحدهما أوّلاً يرتفع المحذور.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا ما فيما ذكروه ، فلاحاجه إلى التطويل.

[1] لو كانت عين فى يد ثالث وادعى كل من الاثنين انّه قد باع تلک العين منه ولم يأخذ ثمنه فقد لا يكون بين الدعويين تنافٍ و تعارض، كما إذا كان المحتمل أنّ الثالث اشتراها من احدهما أوّلاً، ثمّ انتقلت إلى المدعى الآخر بهبه أو بيع أو غيرهما فاشتراها منه ثانياً، ولو لم يكن فى هذا الفرض للمدعيين بينه ولا لأحدهما فيحلف الثالث لكل منهما على عدم شرائها منهما.

اعترف لأحدهما، قُضى له عليه بالثمن وكذا إن اعترف لهما، قُضى عليه بالثمنين، ولو انكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضى بالثمنين جميعاً، لمكان الاحتمال ولو كان التاريخ واحداً تحقّق التعارض إذ لا يكون الملک الواحد فى الوقت الواحد لإثنين ولا يمكن ايقاع عقدين فى الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه أحلف وقضى له، ولو امتنعا من اليمين قُسّم الثمن بينهما.

ولو ادّعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن، وادّعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن ايضاً، وأقاما بينتين متساويتين فى العداله والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق[1] الشَرح:

وإن أقام أحدهما بينه يحكم له بأنّه يستحق الثمن المدعى به، و يحلف على النفى للآخر، و إن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر، وإن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر أيضاً الثمن الذييدعيه. وبهذا يظهر الحال فيما كانت لكل منهما بيّنه، بحيث لا تنافى بينه الآخر، كما تقدم فى توجيه دعواهما.

وأمّا إذا كان بين الدعويين تنافٍ، كما إذا ادعى كل منهما بيعها بثمن يكون شخصياً خارجياً أو كان كلياً ولكن لايمكن عاده وقوع البيعين، كما إذا كان التاريخ فى كل من الدعويين للبيع واحداً وكذا فى البينتين على تقديرهما، ويجرى فى هذه الصوره ما تقدم فى المسأله السابقه، فلو أقام أحدهما بينه على مدعاه تثبت دعواه ويحكم بأنّه يستحق الثمن المدعى به فإن اعترف ذواليد بأنّه اشتراها عن الآخر لا يسمع، لأنّ الثمن المعيّن ببيّنه الأخر ملک ذلک الآخر فلايسمع اقرار غيره فيه وكذا فيما إذا كان الثمن كلياً فإنّ ذلک الكلى بالبيّنه ملک الغير فلا يسمع الاقرار فيه أيضاً.

و بالجمله: يظهر كل ما فى الفرض عمّا تقدم فى الاختلاف على ثالث أنّه باع و قبض الثمن.

[1] لو ادعى أحد على زيد أنّه قد باع العين الفلانيه منه وقبض ثمنها، وادعى آخر

فحينئذ يقضى بالقرعه، ويحلف من خرج اسمه و يقضى له ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن، ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين ولو فسخ أحدهما جاز، ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأنّ النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

الشَرح:

على عمرو أنّه قد باع تلک العين منه وقبض ثمنها، والحاصل يدعى كل من الاثنين أنّه يملک بشرائها من بائعها ودفع ثمنها إليه ففى المقام صور:

الأولى: أن تكون العين بيد زيد وعمرو أو بيد خامس يعترف بأنّ العين لزيد وعمرو أو يقول: لا أدرى لأيّهما، ففى هذه الصوره إن أقام كل من الاثنين بينه بشرائها من بائعها و تساوى البينتان فى العداله والعدد والتاريخ يتحقق التعارض بين البينتين.

فعلى ما ذكره الماتن قدس سره يقرع بين البينتين و من خرج اسمه يحلف ويقضى بأنّ العين له ويرجع الآخر إلى بائعه ويأخذ ما دفع إليه من الثمن، ولو لم يحلف من خرج اسمه ولا المدعى الآخر قُسمت العين بينهما بالمناصفه، ويرجع كل منهما إلى بائعه بنصف ما دفع إليه من الثمن، كما أنّ لكل من الإثنين فسخ البيع الواقع بينه وبين البائع منه لتبعضّ الصفقه عليه و لو فى مقام القبض، وإذا فسخ أحدهما فليس للآخر الأخذ بتمام العين فى مفروض الكلام، حيث إنّه بفسخه لا يرجع تمام العين إلى ملک البائع من الآخر، بل يرجع نصفها إلى ملک البائع ممّن فسخ الشراء.

أقول: بناءً على الرجوع إلى القرعه فى المقام، فإن خرج اسم واحد من الاثنين و حلف على أنّه شرى العين من بائعها المالک فيرجع الآخر منهما إلى بائعها بتمام الثمن حتى مع اعترافه بأنّ البائع منه كان هو مالكها وذلک لتلف المبيع منه قبل قبضه، أمّا إذا لم يحلف هو يعنى من خرج اسمه بالقرعه و حلف الآخر ففى جواز رجوع الناكل إلى بائعه بالثمن الذى دفعه إليه اشكال؛ لأنّ تلف المبيع قبل قبضه مستند إلى نكول الناكل، فهو المتلف للعين التى اشتراها، وهذا لا يوجب انحلال البيع منه، كما أنّه لو نكلا، ففى

....

الشَرح:

رجوع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن مشكل؛ لأنّه يجرى على كل منهما أنّه المتلف لنصف المبيع على نفسه بنكوله.

نعم بناءً على عدم الاقراع والحكم بالتنصيف مع حلف كل من الاثنين أو مع نكولهما يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن فى صوره حلفهما خاصه؛ لعدم استناد تلف نصف المبيع إليهما، بخلاف صوره نكولهما، حيث يستند التلف إلى النكول، وكذا فيما إذا حلف أحدهما ونكل الآخر، فإنّ الناكل لايرجع إلى بائعه مع اعترافه بأنّ بائعه كان المالک للمبيع، اللّهمّ إلاّ أن يقال: أنّ النكول من الحلف لا يعد اتلافاً ولذايثبت لكل من الاثنين الخيار فى فسخ شراءه؛ لأنّ ابتلاء واقعه المبيع بالخصومه والاختلاف عيب، فيجوز للمشترى فسخ الشراء، إذا لم يكن عالماً بالحال قبل الشراء.

الصوره الثانيه: ما إذا كانت العين بيد المدعيين أو بيد من يقرّ أنّهما لهما ففى هذه الصوره مع البينه لكل منهما يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفه مع حلفهما أو مع نكولهما، ومع نكول أحدهما وحلف الآخر يحكم بأنّ العين للحالف، وذلک لدخول هذه الصوره كالصوره السابقه فى مدلول معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم، ثمّ مع حلفهما أو نكولهما ففى رجوعهما فى نصف الثمن إلى بائعهما، وكذا فى رجوع الناكل مع حلف الآخر فى تمام الثمن إلى بائعه ما ذكرناه فى الصوره السابقه.

الصوره الثالثه: ما إذا كانت العين بيد أحد المدعيين فإنّه يحكم بأنّها له مع حلفه، بلافرق بين اقامتها البينه أو لم يكن فى البين بينه أصلاً، نعم إذا كانت لهما بيّنه فيرجع المدعى الآخر إلى بائعه بتمام الثمن، ومع عدم البينه يحتاج أخذ الثمن من بائعه إلى الدعوى على بائعه، وإذا ثبتت دعوى بيعه منه استرد الثمن، بلا فرق بين أن يكون ثبوتها باقرار البائع أو باليمين المردوده، وكذا الحال فيما إذا كانت العين بيد أحد

ولو ادّعى عبدٌ أنّ مولاه أعتقه [1] وادّعى آخر، أنّ مولاه باعه منه وأقاما البينه، قضى لأسبق البينتين تاريخاً، فإن اتّفقتا قضى بالقرعه مع اليمين، ولو امتنعا عن اليمين قيل يكون الشَرح:

البائعين واعترف بالبيع ممّن يدّعى الشراء منه، سواء أكان لكل من المدعيين بينه أم لم يكن لهما أو لأحدهما بينه.

نعم إذا كانت البينه لغير المقرّ له خاصه يحكم بأنّ العين لصاحب البينه، ولايفيد اقرار ذى اليد للآخر؛ لأنّ البينه قد أثبتت أنّ من بيده العين لم يكن مالكاً لها فلا يفيد اقراره، فعلى المقرّ له الرجوع إلى من بيده العين لاسترداد ثمنه لبطلان بيعه واقراره.

[1] لو ادعى عبد أنّ مولاه أعتقه فهو حرّ، وقال آخر أنّ مولاه باعه منه فهو مملوک له، ولم تكن لأحدهما بينه، فإن كذّبهما المولى فيحكم بعد حلفه لكل منهما على نفى دعواهما بأنّه رقّ لمولاه، ولو اعترف المولى لواحد منهما يؤخذ باعترافه، ويحكم بثبوت تلک الدعوى، وعليه الحلف للآخر على نفى دعواه.

والمحكى عن المبسوط أنّه إذا اعترف لأحدهما يحكم بثبوت دعواه من غير حاجه إلى الحلف للآخر، فإنّه لو اعترف لمدعى الشراء يكون العبد مملوكاً له، فلا يسمع اقراره ثانياً بأنّه أعتق العبد، فإنّه اقرار على الغير لا على النفس.

وبتعبير آخر: لا يترتب على الاعتراف بالعتق بعد ثبوت البيع أثر، كما أنّه لو اعترف للعبد بالعتق أوّلاً فلايفيد الاعتراف بالبيع ثانياً، لأنّ مع سماع الاعتراف بالعتق لكونه على نفسه يكون البيع على تقديره منحلاً لتلف المبيع قبل القبض. نعم لو ادعى على المولى أنّه قد باع العبد منه و قبض الثمن يتوجه اليمين إلى المولى؛ لإسقاط دعوى قبض الثمن.

أقول: الاعتراف بعتق العبد لنفوذه يحسب من اتلاف المبيع قبل القبض، وهذا لايوجب انحلال البيع، فيكون على المولى باقراره بالبيع ثانياً بدل العبد أى قيمته. نعم

نصفه حرّاً، ونصفه رقّا لمدعى الابتياع ويرجع بنصف الثمن ولو فسخ عتق كلّه وهل يقوّم على بايعه؟ الأقرب نعم، لشهاده البينه بمباشره عتقه.

الشَرح:

للمشترى فسخ البيع المدعى به لعدم حصول القبض، و على ذلک يكون على المولى مع عدم اقراره بالبيع ثانياً الحلف لمدعى الشراء نعم لاحاجه إلى الحلف للعبد بعد اعترافه بالبيع لمدعى الشراء؛ لأنّ اعترافه بالعتق ثانياً لا يفيد شيئاً ولامورد للغرم.

و قد يقال اعترافه بعتق العبد ثانياً أثره كون العبد حرّاً لو انتقل إلي المولى المقرّ إلى المولى المقرّ له بالعتق، فإنّ سماع الاقرار بالعتق ثانياً كسماع الاقراربالنسب فى بعض فروض دعواه، كما أنّ عدم ترتب الأثر الفعلى فى بعض فروض دعوى النسب لا يمنع عن سماع دعواه كذلک دعوى العتق، بل قد يذكر أنّ على المولى بعد اقراره بالعتق أن يشترى العبد ممّن أقر له أوّلاً لينعتق.

ولكن ما ذكره لا يمكن المساعده عليه، ولكن القول بأنّ على المولى الجواب عن دعوى العبد بعتقه للأثر التعليقى لابأس به، أخذاً بعموم ما ورد فى البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا كانت لمدعى العتق أو المدعى الشراء بينه، فإنّه تثبت بها دعوى صاحبها، و على المولى الحلف للآخر على نفى دعواه، أمّا إذا أقام كل منهما بينه فمع تساويهما يقرع بينهما ومن خرج اسمه بالقرعه يحلف فتثبت دعواه، ولو نكل حلف الآخر.

وربّما يقال بأنّه لو نكلا يحكم بأنّ العبد نصفه حرّ ونصفه رقّ لمدعى الابتياع، ويثبت له خيار الفسخ لتبعّض الصفقه عليه فإن فسخ يرجع على البائع بتمام الثمن وإلاّ فبنصفه، كما أنّه مع الفسخ ينعتق العبد كلّه لزوال المزاحم لبينه العتق، وربّما يقال فى فرض عدم الفسخ أيضاً بتقويم العبد فى نصفه على المولى، ويدفع إلى المشترى

مسائل:

الاولى: لو شهد للمدعى، أن الدابه ملكه منذ مده، فدلّت سنّها على أقل من ذلک قطعاً أو اكثر، سقطت البينه [1] لتحقق كذبها.

الشَرح:

فينعتق لحصول شرط السرايه بعتق نصفه الثابت بالبينه.

وفيه: أنّه لا موجب للتنصيف مع نكولهما بل يحلف المولى لهما على نفى دعوى كل منهما مع عدم البينه كما تقدم وتسقط دعواهما بنكولهما مع البينه لكل منهما مطلقاً أو مع حلف المولى لهما على النفى، بدعوى أنّ حلفهما مع البينه نظير حلف المدعى إذا كان له شاهد واحد، فإنّه إذا لم يحلف تصل النوبه إلى حلف المدعى عليه.

وبالجمله: فمثل الفرض خارج عن مدلول معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث، غايه الأمر تبقى دعوى دخوله فى الأخبار الوارده فى الاقراع عند تعارض البينتين، ولايستفاد من تلک الأخبار إلاّ ثبوت دعوى من أخرجته القرعه مع حلفه، وإلاّ فيحلف الأخر، أمّا ثبوت دعوى كل منهما بالاضافه إلى النصف مع نكولهما فلايستفاد من شىء من تلک الأخبار فراجعها.

[1] لو ادعى على زيد بأنّ الدابه التى بيده ملكه، وشهدت له بينه بأنّ الدابه ملكه منذ عشر سنوات، ودلّت سنّ الدابه على أنّ لهاخمس سنوات، أو شهدت البينه على أنّ الدابه ولدت فى ملک المدعى قبل خمس سنوات، ودلّ سنّها على أنّ عمر الدابه عشر سنوات فتسقط البينه عن الاعتبار لتحقق كذبها، فيحلف ذو اليد على نفى دعواه.

وقد يقال: يحكم بأنّ الدابه ملک المدعى؛ لأنّ سقوط البينه فى بعض مدلولها لتحقق كذبها فيه لا يوجب سقوطها عن الاعتبار فى تمام مدلولها.

وبتعبير آخر: شهاده البينه بأنّها ملكه فعلاً لم يعلم كذبها، وإنّماسقطت عن الاعتبار بالاضافه إلى مبدء الملک فيكون نظير ما شهدت البينه بنجاسه كل من الانائين ولكن

ص :389

الثانیه: لو ادّعی دابه فی ید زید و اقام بینه انّه اشتراها من عمرو، فإن شهدت البینه بالملکیه مع ذلک للبائع أو للمشتری، أو بالتسلم قضی للمدعی[1] فإن شهدت البیّنه الشَرح:

علم طهاره أحدهما المعین فإنّه یؤخذ بها فی نجاسه الآخر.

ولکن لا یخفی أنّ عدم سقوط البینه عن الاعتبار فی تمام مدلولها مع سقوطها فی بعضها یختص بما إذا کان مدلولها من ذکر المحمولین لموضوعین أو محمولین لموضوع واحد، أمّا إذا کان المحمول یسقطها عن الاعتبار، کما إذا شهد العدلان بنجاسه مائع من یوم السبت، وعلمنا أنّه کان طاهراً فی السبت فلا یحکم بنجاسه المائع فعلاً، بل یرجع فیه إلی أصاله الطهاره، وما نحن فیه من هذا القبیل.

والحاصل: لا عبره بالمدلول الانحلالی فی تبعیض اعتبار الأماره فیما إذا کان من ذکر الحکم الواحد المستمر لموضوع.

و ربّما احتمل فی عباره المصنّف قدس سره أن یکون (أکثر) عطفاً علی (قطعاً) لا علی أقل بأن یدلّ سن الدابه علی الأقل جزماً أو بالأکثریه، یعنی الغلبه، فیکون الحاصل سقوط البینه عن الاعتبار بالظن الحاصل من الغلبه بکذبها. ولکن لا یخفی ما فیه فإنّ هذا لایناسب تعلیل عدم الاعتبار بتحقق کذبها والظن بالخلاف لا یوجب سقوطها ولاسقوط غیرها من سائر الأمارات عن الاعتبار، فإنّ الظن لا یغنی من الحق شیئاً.

[1] لو کانت عین فی ید زید، دابهٌ کانت أو غیرها، وادعی مدعٍ أنّ العین المزبوره ملکه فعلاً لأنّه اشتراها من عمرو، وأقام بینه تشهد بالشراء المزبور فذکر جماعه کالمصنف قدس سره أنّه لو کانت شهاده البینه بأنّه اشتراها من عمرو وصارت ملکه أو بأنّ عمرواً باعها منه وهومالک لها أو أنّه باعها منه و سلّمها إلیه یحکم علی العین بأنّها ملک للمدعی لشهاده البینه علی أنّها ملک له فعلاً.

بالملكيّه بالشراء لا غير، قيل لا يحكم لأنّ ذلک قد يفعل فيما ليس بملک، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنونه، وهو قوى وقيل يقضى له، لأنّ الشراء دلاله على التصرف السابق الدال على الملكيه.

الثالثه: الصغير المجهول النسب، إذا كان فى يد واحد وادعى رقيته، قضى له بذلک ظاهراً[1] وكذا لو كان فى يد اثنين وامّا لو كان كبيراً وأنكر، فالقول قوله لأنّ الأصل

الشَرح:

أمّا لو كانت شهاده البينه بمجرّد الشراء من عمرو من غير شهاده بكون العين للمدعى أو بملكيه البائع أو تسليمه العين إلى المدعى فلا تكون البينه ملاكاً للقضاء، بل يحلف ذواليد على نفى دعواه؛ لأنّ اليد الحاليه فى العين من زيد يجعله منكراً، ومجرّد الشراء من عمرو لايدلّ على شىء؛ لأنّ الشراء قد يقع بغير الملک من بائع فضولاً.

أقول: لافرق بين الصورتين فإنّ الشهاده بالشراء المحمول على الشراء الصحيح مساوقه لقول البينه، وهى لبائعها أو نحوه، نعم لو قال الشهود بأنّا نشهد بجريان ايجاب البيع وقبوله، ولا نشهد بأمر آخر فلاتسمع؛ لأنّ مجرّد الإيجاب والقبول لا يكون بيعاً ولاشراءً.

ثمّ إنّه إذا لم تسمع بينه المدعى ولكن اعترف ذواليد وهو زيد بأنّه قد تملّكها من المدّعى انقلبت الدعوى، كما ذكرنا سابقاً أنّ بذلک تسقط اليد الفعليه عن الاعتبار.

[1] ذكروا الصغير المجهول نسبه يمكن كونه ملكاً لذى اليد، فلو ادعاه بأن قال: رق، يسمع قوله، ويحكم بكونه ملكاً له، وكذا إذا كان فى يد اثنين وقالوا إنّ هذا فى دعوى الرقيه فى الصغير المجهول النسب، أمّا إذا كان مدركاً فلا تسمع دعوى الرقيه إلاّ بالبينه أو اعترافه بأنّه رقّ؛ لأنّ الأصل فى الانسان هوالحريّه.

وبتعبير آخر: التزموا بتقديم دعوى الرقيه مع اليد على أصاله الحريه فى الصغير، وبتقديم أصاله الحريه على دعوى الرقيه حتى مع اليد فى الكبير.

الحريه، ولو ادّعى اثنان رقيته فاعترف لهما، قضى عليه وإن اعترف لأحدهما، كان مملوكاً له دون الآخر.

الشَرح: وقد نوقش فى الصغير بأنّه يظهر من حسنه حمران بن أعين خلاف ذلک «قال: سألت أبا جعفر قدس سره عن جاريه لم تدرک بنت سبع سنين مع رجل وامرأه ادّعى الرجل أنّها مملوكه له وادعت المرأه أنّها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على عليه السلام قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلاّ من أقرّ على نفسه بالرق، وهو مدرک، و من أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنّه يدفع إليه ويكون له رقّاً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنّها مملوكه له بيّنه على ما ادعى فإن أحضر شهوداً يشهدون أنّها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها أنّ الجاريه ابنتهاحره مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت فإن لم يقم الرجل شهوداً إنّها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنّها ابنتها دفعت إليها فإن لم يقم الرجل البينه على ما ادعى ولم تقم المرأه البينه على ما ادعت خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت».(1)

ولكن يمكن الجواب عن المناقشه أنّ هذا فيما إذا كان منازع لذى اليد المدعى بالرقيه والمملوكيّه له، فتقديم أصاله الحريه فى مفروض الروايه لا يقتضى كون الحكم كذلک مع عدم المنازع له بدعوى النسب، بل لو أقام مدعى النسب بينه تسمع، سواء أكان لمدعى الرقيه بينه أم لا، ومع المنازع لو كان لمدعى الرقيه بينه يحكم بالرقيه لو لم تكن بينه لمدعى النسب كما هو ظاهر الحسنه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 9:184.

الرابعه: لو ادّعى كلّ واحد منهما ان الذبيحه له، وفى يد كلّ واحد بعضها[1] وأقام كل واحد منهما بينه، قيل يقضى لكلّ واحد بما فى يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا وكذا لو كان فى يد كلّ واحد شاه وادّعى كلّ منهما الجميع، واقاما بينةً قضى لكلّ منهما بما فى يد الآخر.

الشَرح: كما أنّه قد نوقش فى الأمر الثانى بما ورد فى جواز شراء ما يباع فى السوق وغيره، و ان ادّعى أنّه حرّ، وفى صحيحه العيص بن القاسم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: سألته عن مملوک ادّعى أنّه حرّ ولم يأت ببينه على ذلک اشتريه؟ قال: نعم»(1)، وفى صحيحه حمزه بن حمران: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : أدخل السوق وأريد أشترى جاريه فتقول: أنى حرّه، قال: اشتراها إلاّ أن يكون لها بينه».(2) وقيل بأنّ ظاهرهما تقديم اليد على أصاله الحريّه حتى فى المدرک والبالغه.

ولكن لا يبعد حملهما على صوره دعوى الحريه بالتحرير، فإنّ مع اليد لاتثبت هذه الدعوى إلاّ بالبينه، بل ظاهر صحيحه العيص هو دعوى التحرير.

وبالجمله: فمقتضى الجمع بين ما ورد فيأنّ الناس كلّهم أحرار إلاّ من أقرّ على نفسه بالعبوديّه وهو مدرک من عبد أو أمه ومن شهد عليه بالرق صغيراً أو كبيراً و مثل صحيحه العيص وحمزه بن حمران هو حملهما على صوره دعوى التحرير.

[1] لو كان بعض العين بيد واحد وبعضها الآخر بيد الآخر، وادعى كل منهما أنّه يملک العين بتمامها، كما إذا كان بعض الذبيحه بيد زيد وبعضها بيد عمرو، وأقام كل منهما البينه بأنّ تمامها له يحكم بأنّ ما بيد زيد ملک عمرو وما بيد عمرو ملک لزيد بناءً على المنسوب إلى المشهور من تقديم بينه الخارج أى المدعى على بيّنه الداخل، يعنى بينه ذى اليد، ولا يقاس ذلک بما إذا كانت العين بيد الإثنين بحيث يكون لكل منهما تمام

الخامسه: لو ادّعى شاه فى يد عمرو، واقام بينه فتسلّمها، ثمّ اقام الذى كانت فى يده بيّنه أنّها له، قال الشيخ ينقض الحكم وتعاد وهو بناءً على القضاء لصاحب اليد مع التعارض، والأولى أنّه لا ينقض[1].

الشَرح:

العين خارجاً ولكن لا استقلالاً، فإنّ الحكم فيه بالمناصفه مع يمين كل منهما أو مع نكولهما كما تقدم. وبناءً على تقديم بينه الداخل على بينه الخارج يحكم بكون كل منهما مالكاً لما بيده.

وممّا يترتب على القولين أنّه لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً يحكم بحليه ما بيد الكافر حيث إنّه ملک المسلم وبحرمه ما بيد المسلم فإنه ملک الكافر، هذا على القول بتقديم بينه الخارج، وأمّا بناءً على تقديم بينه الداخل يكون الحكم على العكس.

أقول: قد تقدم أنّ بينه المنكر وان لم تكن مدركاً للقضاء، إلاّ أنّها توجب سقوط بينه المدعى عن الاعتبار، وعليه فتعارض البينتين فى الفرض يوجب أن يحلف كل للآخر على نفى دعواه، فتكون النتيجه أنّ ما بيد كل منهما ملک لهما، وليس هذا مبنياً على تقديم بينه الداخل، كما لا يخفى، ويظهر ممّا ذكرنا ما لو كان بيد كل منهما شاه أو عين أُخرى، وادّعى كل منهما أنّه يملكهما أو يملک ما بيد الآخر وأقاما البينه على دعواهما.

[1] لو كانت عين فى يد زيد و ادعاها عمرو وأقام بينه على أنّها له يحكم بأنّها له لثبوت دعواه بالبينه، ثمّ بعد ذلک أقام زيد البينه على أنّها له قيل، كما عن الشيخ، بأنّه ينتقض الحكم السابق وتعاد العين إلى زيد، وهذا بناءً منه على تقديم بيّنه الداخل فى مقام المعارضه على ما ذكر الماتن رحمه اللّه قال أنّ الأولى أنّ الحكم لا ينتقض.

أقول: تقديم بينه الداخل على تقديره يختص بما إذا كانت اقامتها قبل الحكم فى الواقعه، وأمّا الظفر بالبينه بعد الحكم كما لايفيد المدعى فيما إذا وجدها بعد الحكم

السادسه: لو ادّعى داراً فى يد زيد، وادّعى عمرو نصفها، واقاما البينه قضى لمدعى الكلّ بالنصف، لعدم المزاحم[1] وتعارضت البيّنتان فى النصف الآخر، فيقرع بينهما، ويقضى لمن خرج اسمه مع يمينه ولو امتنعا من اليمين، قضى بها بينهما بالسويه، فيكون لمدعى الكل ثلاثه الأرباع و لمدعى النصف الربع.

الشَرح:

كذلک فى بيّنه المنكر.

وبتعبير آخر: البينه بعد الحكم خارجه عن موضوع الاعتبار فى باب القضاء، كما هو مقتضى ما دلّ على نفوذه، نعم لو كان مدلول البينه الملكيه الجديده فيما إذا ادعاها فهذا أمر آخر لا ينافى القضاء السابق.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو كانت عين فى يد زيد، وادعى عمرو أنّ له نصفها، وادعى آخر بأنّ له كلّها، وأقام كل واحد منهما بينه بدعواه، فمع تساوى البينتين يقرع بينهما، فمن خرج اسمه يحلف ومع امتناعهما يحكم بأنّ ثلاثه أرباعها لمدعى الكلّ و ربعها لمدعى النصف؛ لأنّ البينه القائمه بكون تمامها لمدعى الكلّ لامعارض لها فى النصف، و تتعارض البيّنتان فى النصف الآخر، فيحكم بالقسمه بينهما بعد نكولهما.

أقول: قد تقدم أنّ الحكم فى المال المتنازع فيه الذى ليس فى يد المتنازعين ولا فى يد أحدهما، كما هو الفرض فى المقام، هوالحاكم بالتنصيف سواء أحلفا أم نكلا، ولا موجب فيه للرجوع إلى القرعه سواء أتساوت البينتان فى عدد شهودهما أم اختلفا، كما هو المستفاد من معتبرتى اسحاق بن عمّار وغياث بن إبراهيم المتقدمتين، كما أنّ مقتضاهما أنّه لو كانت العين المزبوره بيد من يقول بأنّها ملک له يحكم بأنّ العين له فيما إذا حلف لمدعى النصف، حيث إنّ بينه مدعى النصف وإن كانت من بينه الخارج، يعنى المدعى، إلاّ أنّه لا اعتباربها، لابتلائها بالمعارض، وهو بينه من بيده العين، فتصل النوبه إلى حلف المنكر، يعنى من بيده العين القائل بكون كلّها له ولو كانت بيد مدعى

....

الشَرح:

النصف يحكم على العين بالمناصفه لهما بعد حلف من بيده العين على عدم كون تمامها لمدعى الكلّ.

وإذا كانت العين فى يدهما يكون يد كلّ منهما فى نصف العين مشاعاً وفى تمامها على سبيل عدم الاستقلال، فيحسب مدعى الكلّ مدعياً بالاضافه إلى النصف المختلف فيه بينهما، وبما أنّ ذلک النصف بيد مدعى النصف فيحسب منكراً، و لابتلاء بينه المدعى بالمعارض يحلف لمدعى الكلّ على نفى دعواه، فيحكم له بنصف العين، ولكن ذكرالماتن قدس سره تبعاً لغيره أنّ العين كلّها لمدعى الكلّ وليس لمدعى النصف حظّ فيها، وذلک أنّ بينه مدعى الكلّ تحسب بالاضافه إلى النصف المختلف فيه بينه الخارج وبينه مدعى النصف بينه الداخل، وبما أنّه عند المعارضه تقدّم الأُولى، فيحكم بثبوت مدلولها يعنى دعوى مدعى الكلّ.

وعن ابن الجنيد أنّ الحكم بالتنصيف فيما إذا كان ما بيدهما جزءان خارجيان، واتفقا على أنّ أحد الجزئين للواحد منهما واختلفا فى الجزء الآخر، ففى هذه الصوره يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثه أرباع نظير الدرهمين فيما إذا كان بيدهما واتفقا على أنّ واحداً منهما بتمامه لأحدهما واختلفا فى الجزء الآخر، وفى الصحيح عن عبداللّه بن المغيره عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لى، وقال الآخر هما بينى وبينک فقال: أمّا الذى قال هما بينى وبينک فقد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له وأنّه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما».

وأمّا إذا كان مدعى النصف يدعيه بنحو الإشاعه فى تمام المال فيعمل مع العين على طريق العول، على ما هو المقرّر فى ضرب سهام الغرماء فى مال المفلّس، فيجعل

ولو كانت يدهما على الدّار، وادعى احدهما الكل، والأخر النصف وأقام كلّ منهما بيّنه، كانت لمدعى الكل، ولم يكن لمدعى النصف شى ء لأن بيّنه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله، ولو ادّعى أحدهم النصف والآخر الثلث، والثالث السدس[1] وكانت يدهم عليها،

الشَرح:

فى المثال لمدعى الكل ثلثيها ولمدعى النصف ثلثها، لأنّ سهمه ثلث مجموع السهام ، كما أنّ سهم مدعى الكل ثلثى مجموع السهام. وذكر فى ذلک أنّ مدعى النصف يدعى النصف من كل جزء فرض من المال ولايدعى خصوص النصف المعين منه.

أقول: ظاهر الصحيح هو دعوى النصف نحو الاشاعه، فلايقاس الفرض بمسأله سهام الغرماء فى مال المفلّس، حيث إنّ تعلق الحق بمال الغير غير مسأله الاختلاف فى ملكيه المال.

وقوّى فى المختلف طريق العول فيما لو زاد المدّعون على اثنين. وفى كشف اللثام فيما لو استوعب غير مدعى الجميع العين أو زادت عليها. ولكن الظاهر كما ذكرنا لا موجب لرفع اليد عن القضاء بالبينه للمدعى واليمين على المدعى عليه، مع عدم اقامتها و رفع اليد عمّا استظهرناه من معتبرتى اسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم والحاق الدعاوى بمورد ثبوت استحقاق كل واحد من الديان فى المال مع عدم كفايته بما يستحقون فإنّه لا يخرج عن القياس.

وعلى ذلک لو كانت العين فى يد ثلاثه يدعى أحد هم نصفها، والآخر ثلثها، وثالثهم سدسها تكون يد كل منهم على ثلثها والثانى منهم لايدعى شيئاً زائداً على ما بيده، فتكون دعوى الأول بالاضافه إلى السدس الزائد بيد الثالث من الدعوى بلا معارض فيما لو فرض عدم اعتراف الثالث به له، ولو أقام كل واحد منهم بينه بما ادعاه يكون الحكم كذلک لعدم المعارضه، وكذا فيما لو أقامها بعضهم.

[1] لو ادعى الأوّل كل العين والثانى نصفها والثالث ثلثها ولم تكن فى البين بينه

ص :397

فید کلّ واحد منهم علی الثلث لکن صاحب الثلث لایدعی زیاده علی ما فی یده وصاحب السدس یفضل ما فی یده، ما لا یدعیه هو و لا مدعی الثلث، فیکون لمدعی النصف فیکمل له النصف وکذا لو قامت لکلّ منهم بینه بدعواه، ولو ادّعی احدهم الکلّ والآخر النصف والثالث الثلث، ولا بیّنه، قضی لکلّ واحد منهم بالثلث، لأنّ یده علیه و علی الثانی والثالث الیمین، لمدعی الکلّ وعلیه وعلی مدعی الثلث الیمین لمدعی النصف.

الشَرح:

فکلّ منهم ذوالید بالاضافه إلی ثلث العین، ولایدعی الثالث شیئاً لا علی الأوّل ولاعلی الثانی، ولکن الأوّل یدّعی علی الثانی والثالث بما فی یدهما، کما أنّ الثانی یدعی علی الأوّل والثالث بنصف السدس من کل منهما، فیحلف کل من الثانی والثالث للأوّل، کما أنّه یحلف کل من الأوّل والثالث للثانی، فیحکم بالاشتراک فی العین أثلاثاً. وإذا أقام کل منهم بینه بدعواه وقیل بترجیح بینه الداخل عند المعارضه أو قلنا بسقوط البیّنات عن الاعتبار یکون الحکم کماإذا لم تکن بیّنةً.

وأمّا إذا قیل بترجیح الخارج فبما أنّ ید کل منهم علی أربع سهام من اثنی عشر سهماً یفرض فی العین فلایکون اعتبارلبینه مدعی الثلث؛ لأنّها بینه الداخل، وأمّا الثانی فقد تقدم أنّه یدعی علی کل من الأوّل والثالث بنصف السدس فتکون بینته معتبره بالاضافه إلی نصف السدس الذی بید مدعی الکل فیبقی فی ید مدعی الکل ثلاثه من أربعه، کما أنّ بینه مدعی الکل معتبره بالاضافه إلی تمام ما بید الثانی، وفی ثلاثه ممّا فی ید الثالث؛ لأنّها بلامعارض، فیتمّ لمدعی الکل عشره من الثانی عشر، ولمدعی النصف واحداً ممّا بید مدعی الکل، وتتعارض بیّنه مدعی الکل و بینه مدعی النصف فی الواحد من الأربعه الباقی فی ید الثالث، فیقرع بینهما، ومع نکولهما یقسّم بینهما بالمناصفه، فیکون لمدعی الکل عشره ونصف، ولمدعی النصف واحد ونصف علی ما ذکر الماتن قدس سره .

ص :398

وإن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض ببينه الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه لأنّ لكل واحد بيّنه ويداً على الثلث وإن قضينا ببيّنه الخارج وهو الأصّح، كان لمدعى الكل مما فى يده، ثلاثه من اثنى عشره بغير منازع والأربعه التى فى يد مدعى النصف لقيام البينه لصاحب الكل بها، وسقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه فى ذى اليد و ثلاثه مما فى يد مدعى الثلث، ويبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف وواحد مما فى يد مدعى الثلث، يدعيه كل واحد من مدعى النصف ومدعى الكل، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له فإن امتنعا، قسّم بينهما نصفين، فيحصل لصاحب الكل عشره ونصف ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدعى الثلث.

ولو كانت فى يد أربعه[1] فادعى أحدهم الكل، والآخر الثلثين، والثالث النصف، والرابع الثلث، ففى يد كل واحد ربعها فان لم يكن بينه، قضينا لكلّ واحد بما فى يده وأحلفنا كُلاً منهم لصاحبه.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره فى المقام صوراً ثلاث:

الأولى: ما إذا كانت دار فى يد أربع، يدعى أحدهم كلّها والثانى ثلثها والثالث نصفها والرابع ثلثها، من غير أن تكون لواحد منهم بينه، وفى هذه الصوره ثبتت يد كل واحد منهم على ربع الدار، ويحكم لكل بما فى يده بعد حلف كل منهم على الآخرين.

الثانيه: ما إذا لم تكن الدار بيدهم ولايد واحد منهم ولكن أقام كل واحد منهم بينه على مدّعاه فقد ذكر قدس سره أنّ لمدعى الكل ثلث الدار بلا مزاحم، بمعنى أنّ السايرين لا يمنعون عن كون ثلث العين له وتختص المخاصمه بسدس العين، أى ما يزيد على النصف الذى يدعيه الثالث بين مدعى الكلّ ومدعى الثلثين، فيقرع بينهما فى ذلک السدس، ويحلف من خرج اسمه، فيحكم به له، وان نكلا يقتسمان، ثمّ تقع المخاصمه

....

الشَرح:

بين مدعى الكل ومدعى الثلثين ومدعى النصف فى السدس الآخر، حيث لا يدعيه مدعى الثلث، فيقرع بينهم، ومن خرج اسمه يحلف ويأخذه، ومع نكولهم يقسم ما بين الثلاثه ثم تقع المخاصمه فى الثلث الباقى من العين بين الأربعه، فيقرع فيه بين المدعيين الأربعه، ومن خرج اسمه يحلف ويأخذه، ومع النكول يقسم بين الأربعه ولابعد فيأن يخرج فيالاقراعات اسم مدعى الكلّ ويحلف ويأخذ كل العين فإنّ ما حكم اللّه سبحانه من القرعه غير مخطئ.

وإذا فرض نكول من خرج اسمه فى الاقراعات كلّها يكون لمدعى الكلّ ثلث العين ونصف سدسها وربع ثلثها، فإنّ ثلثها لكون دعواه فيه بلا مزاحم ونصف سدسها بالنكول فى الإقراع الأوّل وثلث سدسها بالنكول فى الاقراع الثانى و ربع ثلثها بالنكول فى الاقراع الأوّل وثلث سدسها بالنكول فى الاقراع الثانى وربع ثلثها بالنكول فى الاقراع الثالث، ويكون لمدعى الثلثين نصف سدسها فى الاقراع الأوّل وثلث سدسها فى الاقراع الثانى وربع ثلثها فى الاقراع الثالث، وبحساب ذلک تتعين حصه مدعى الثلث، فإذا فرض المخرج سته وثلاثون جزءاً يكون عشرون منها لمدعى الكلّ والثمانيه لمدعى الثلثين وخمسه لمدعى النصف وثلاثه لمدعى الثلث.

أقول: قد تقدم أنّه لا مورد للقرعه فى دعوى ملكيه العين، بل الوظيفه فيها مع عدم كون العين بيدهم وإقامه كل منهم البينه بدعواه تقسيم ما به الاختلاف بينهم مع الحلف من جميعهم أو النكول من جميعهم، كما هو مقتضى معتبره اسحاق بن عمّار ومعتبره غياث بن إبراهيم.

الصوره الثالثه: ما إذا كانت الدار فى أيدى الكلّ وأقام كل واحد البينه بدعواه، فعلى القول بتقديم بينه الداخل تكون العين بينهم على الأرباع؛ لأنّ لكل من الأربعه يداً فى

ولو كانت يدهم خارجه، ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له ويبقى التعارض بين بيّنه مدعى الكل ومدعى الثلثين فى السدس، فيقرع بينهما فيه ثم يقع التعارض بين بيّنه مدّعى الكل و مدّعى الثلثين ومدّعى النصف فى السدس أيضاً فيقرع بينهم فيه ثم يقع التعارض بين الأربعه فى الثلث فيقرع بينهم ويخصّ به من تقع القرعه له ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلاّ مع اليمين ولا يستعظم ان يحصل بالقرعه الكلّ لمدعى الكلّ فإنّ ما حكم اللّه به غير مخطئ.

الشَرح:

ربعها، فتقدم بيّنته مع اليد، بخلاف ما إذا قيل بتقديم بينه الخارج، كما هو المنسوب إلى الشهره والمختار عند الماتن قدس سره فإنّه بناءً عليه يكون اعتباربينه كل منهم فى غير ما فى يده.

فيكون ما فى يد مدعى الثلثين المفروض كونه ثمانيه عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً يفرض لكل العين فى مورد الدعاوى الأربعه، فمدعى الكل يدعى تمام ثمانيه عشر، ومدعى النصف يدعى سته منها، ومدعى الثلث يدعى اثنين منها، فتكون عشره من ثمانيه عشر لمدعى الكل من غير أن ينازع فيه، مدعى النصف ومدعى الثلث فتعتبر بيّنه مدعى الكل فى تلك العشره وفى السته ممّا فى يدى مدعى الثلثين يقرع بين مدعى الكل ومدعى ا لنصف ومن خرج اسمه يحلف ومع نكولهما يقسّم بينهما، ويقرع فى الاثنين ممّا بيده بين مدعى الكل ومدعى الثلث فمن خرج اسمه يحلف، ومع امتناعهما يقسم بين مدعى الكل ومدعى الثلث، فمع الاقراع على ما بيد مدعى الثلثين والنكول يحصل لمدعى الكل منه أربعه عشر و لمدعى النصف ثلاثه ولمدعى الثلث واحد صورته:

لمدعى الثلث 1 =2 2 é لمدعى النصف 3 = 2 6 é لمدعى الكل 14 = 10 + 3 + 1

ومايكون بيد مدعى النصف أيضاً المفروض كونه ثمانيه عشر يدعى مدعى الكلّ

ولو نكل الجميع عن الأيمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبه بالسويه فتصح القسمه من سته وثلاثين سهماً لمدعى الكل عشرون، ولمدعى الثلثين ثمانيه، ولمدعى النصف خمسه، ولمدعى الثلث ثلاثه، ولو كان المدعى فى يد الأربعه ففى يد كلّ واحد منهم ربعها فإذا أقام كلّ واحدٍ منهم بينه بدعواه، قال الشيخ يقضى لكلّ واحد منهم بالربع لأنّ له بينه ويداً.

الشَرح:

تمامها، ومدعى الثلثين عشره منها، ومدعى الثلث اثنين منهما، ويبقى منها لمدعى الكل سته بلامنازع لا يدعيها لامدعى الثلثين ولامدعى الثلث، ويقرع فى العشره بين مدعى الثلثين ومدعى الكل، ومع نكولهما يقسّم بينهما فيحصل لكل منهما خمسه، ويقرع فى الاثنين منها بين مدعى الكلّ ومدعى الثلث، ومع نكولهما يقسّم بينهما ويحصل لكل واحد واحد، وصورته:

لمدعى الثلث 1 = 1 2 é لمدعى الثلثين 5 = 2 10 é لمدعى الكل 12 = 1 + 5 + 6

ثمّ يقع التنازع والاقراع بين مدعى الكلّ ومدعى الثلثين ومدعى النصف فى الثمانيه عشر، التى فى يد مدعى الثلث، فيدعى مدعى الكل تمامها، ومدعى الثلثين عشره منها، ومدعى النصف سته منها، فيبقى اثنان منها لمدعى الكلّ بلا مزاحم بالمعنى المتقدم، ويقرع بينه وبين مدعى الثلثين فى العشره، حيث يطلب مدعى الثلثين العشره من كل مدعى الكل و مدعى النصف ومدعى الثلث ممّا فى أيديهم ليكون له مع ثمانيه عشر التى بيده ثلثا العين، ومع نكولهما يقسّم بينهما، ثم يقرع بين مدعى الكلّ ومدعى النصف فى السته التى يطلبها مدعى النصف من كل من الآخرين ليتّم له بانضمام ثمانيه عشرالتى بيده نصف العين، ومع نكولهمايقسّم بينهما فيحصل ما صورته:

لمدعى النصف 3 = 2 .. 6 لمدعى الثلثين 5 = 2 10 é لمدعى الكل 10 = 3 + 5 + 2

ثم تعتبر بيّنه مدعى الثلثين والنصف والثلث فى الثمانيه عشر التى بيد مدعى

والوجه القضاء ببينه الخارج على ما قررناه فيسقط اعتبار بينه كلّ واحد بالنظر إلى ما يده ويكون ثمرتها فيما يدعيه مما فى يد غيره، فيجتمع بين كل ثلاثه على ما فى يد الرابع وينتزع لهم ويقضى فيه بالقرعه واليمين ومع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، وذلک ربع اثنين وسبعين وهو ثمانيه عشر فمدعى الكل يدعيها أجمع، ومدعى النصف يدعى منهما سته ومدعى الثلث يدعى اثنين فيكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البينه بالجميع الذى يدخل فيه العشره ويبقى ما يدعيه صاحب النصف وهو سته، يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف ومع الامتناع يقسّم بينهما وما يدعيه صاحب الثلث وهو اثنان يُقرع عليه بين مدعى الكلّ وبينه فمن خرج اسمه أُحلف وأُعطى ولو امتنعا، قسّم بينهما.

ثمّ تجتمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره و مدعى الثلث يدعى اثنين ويبقى فى يده سته لا يدعيها إلاّ مدعى الجميع فيكون له ويقارع الآخرين، ثم يحلف.

وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادعاه ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث وهو ثمانيه عشر. فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، و مدعى النصف يدعى سته يبقى اثنان لمدعى الكل، ويقارع على ما أفرد للآخرين.

فإن امتنعوا عن الأيمان، قسّم ذلک بين مدعى الكل، وبين كل واحد منهما بما ادعياه ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد الكل فمدعى الثلثين يدعى عشره، ومدعى النصف يدعى

الشَرح:

الكلّ، وهى كافيه لمدعى الثلثين، حيث يطلب منها عشره، ولمدعى النصف حيث يطلب منها سته، ولمدعى الثلث حيث يطلب منها اثنين، فيكون مجموع ما حصل لكل من الأربعه: لمدعى النصف 12 = 6 + 3 + 3 لمدعى الثلثين 20 = 10 + 5 + 5 لمدعى الكل 36 = 10 + 12 + 14 لمدعى الثلث 4 = 2 + 1 + 1

سته و مدعى الثلث يدعى اثنين، فنتخلص يده عما كان فيها فيكمل لمدعى الكل سته وثلاثون من اصل اثنين وسبعين، ولمدعى الثلثين عشرون ولمدعى النصف إثنا عشر، ولمدعى الثلث أربعه هذا إن امتنع صاحب القرعه من اليمين منازعه.

السابعه: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيّنه[1] ولو لم تكن

الشَرح:

[1] إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت وادعى كل منهما أنّه مالكه يقضى به لمن أقام البينه بأنّه ملكه، وإذا لم تكن فى البين بينه فلكل منهما يد على نصفه، ويحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فيحكم بينهما بالمناصفه، كما هو الحال فى فرض نكولهما وذكر فى المبسوط عدم الفرق بين كونه ممّا يختص بالرجال أو النساء أو يستوى فيه الرجال والنساء، وسواء أكان المتاع فى الدار المشتركه بينهما أم المختصه ملكيتها بأحدهما، و سواء أكانت الزوجيه باقيه أم زائله، كما إذا اختلفا بعد الطلاق، وكذا فيما كان الاختلاف بين أحدهما و وارث الآخر، أو بين وارثيهما، ولكن ذكر فى الخلاف أنّ مايختصّ بالرجال فهو للرجل، فيحلف فيه للمرأه، وما يكون مختصّاً بالنساء فهو للمرأه، فتحلف فيه للرجل، وما يصلح لكل منهما فهو بينهما، بمعنى تقسيمه بينهما بعد حلف كل منهما للآخر أو نكولهما.

أقول: ينبغى فرض المسأله فيما إذا لم يعترف أحدهما أنّه تملّكه من الآخر، بأن تدعى المرأه التملك بتمليک زوجها أو بالعكس، وإلاّ انقلبت الدعوى لما تقدم من عدم الاعتبار باليد مع الاعتراف بأنّ المال انتقل إليه من خصمه.

وفى صحيحه رفاعه بن موسى النخاس عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: إذا طلّق الرجل امرأته فادعت أنّ المتاع لها وادعى الرجل أنّ المتاع له كان له ما للرجال ولها ماللنساء»(1)، هذه على روايه الصدوق قدس سره وأمّا على روايه الشيخ التى فى سندها ضعف

1- (1) الوسائل: 17، الباب 8 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 4: 525، التهذيب 6: 294، الفقيه 3: 65.

بيّنه فيد كلّ واحد منهما على نصفه قال فى المبسوط يحلف كلّ منهما لصاحبه ويكون بينهما بالسويه سواء كان مما يخصّ الرجال أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كان الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجيه باقيه بينهما او زائله ويستوى فى ذلک تنازع الشَرح:

إذا طلّق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما».(1)

وفى موثقه يونس بن يعقوب عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى امرأه تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأه؟ قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شىء منه فهو له».(2)

ولا ينبغى التأمّل فى ظهورهما فى كون المتاع الصالح لكل منهما مع كونه بيدهما يقسم بينهما وما يكون فى استعمال أحدهما دون الآخر يحكم بكونه لصاحب الاستعمال.

ولكن فى مقابلها صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: سألنى هل يقضى ابن أبى ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه إلى أن قال: ثمّ سألته عن ذلک فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنّک شهدته و إن كان رجع عنه فقلت: يكون المتاع للمرأه، فقال: أرأيت إن أقامت بينه إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيها يعنى الجبلين ونحن يومئذٍ بمكه لأ خبروک أنّ الجهاز والمتاع يهدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به وهذا المدعى فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البينه»(3)، وربّمايستظهر منها أنّ متاع البيت ولوكان صالحاً لاستعمال كل من المرأه والرجل يحكم بأنّه للمرأه.

1- (1) الوسائل: 17، الباب 8 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 4.
2- (2) الوسائل: 17، الباب 8 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 1: 524.
3- (3) الوسائل: 17، الباب 8 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 1: 524.

الزوجين والوارث وقال فى الخلاف مايصلح للرجال للرجل ومايصلح للنساء للمرأه، ومايصلح لهما يقسّم بينهما، و فى روايه انّه للمرأه لأنّها تأتى بالمتاع من أهلها وما ذكره فى الخلاف، أشهر فى الروايات وأظهر بين الأصحاب.

ولو ادّعى أبوالميّته، أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره[1] كلّف البيّنه كغيره من الأنساب، وفيه روايه بالفرق بين الأب وغيره ضعيفه.

الشَرح:

و ربّما يضاف إليها موثقه سماعه «قال: سألته عن رجل يموت ما له من متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرحل وثياب جلده».(1)

ولايبعد أن يقال: إنّ ظاهر هذه المتاع الذى يحكم بأنّه ملک الرجل خاصه، فلا ينافى الحكم بالشركه فى غيرها. وأنّ صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج ناظره إلى ما هو المتعارف فى بعض البلاد انّ المرأه تأتى متاع البيت من بيت أبيها بعنوان جهازها، وإذا حصلت التفرقه بينها و بين زوجها فى زمان قصير من النكاح تدعى أنّ كل المتاع فى البيت جهازىّ ولم يحدث للزوج متاع آخر، ففى مثل ذلک يقدّم قول المرأه، وعلى تقدير المعارضه فالحكم بالتقسيم فيما يصلح لاستعمالهما على طبق القاعده فيؤخذ بها.

[1] لو ادّعى أبو الزوجه المتوفاه أنّ بعض ما كان بيد بنته من متاع البيت أو غيره كان عاريه عندها، وأنكر ذلک أو سائر ورثتها، فالمنسوب إلى المشهور أنّ دعوى أبيها كدعوى غير الأب من الأنساب أوالأجانب فتحتاج فى ثبوتها إلى البينه، وإلاّ فيحلف الزوج أو سائر الورثه على نفيها أو لا تسمع أصلاً على ما تقدم. وهذا فيما إذا لم يعترف الزوج أو سائر الورثه بأنّ العين كانت فى السابق ملک المدعى وإنّ الزوجه المتوفاه قد تملكته منه، وإلاّ انقلبت الدعوى على ما تقدم أيضاً. ولكن ظاهر معتبره جعفربن عيسى سماع دعوى الأب بلاحاجه إلى البينه قال: «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام : جعلت فداک،

1- (1) الوسائل: 17، الباب 8 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 2 : 525 .

....

الشَرح:

المرأه تموت فيدّعى أبوها أنّه كان أعارها بعض ما كان عندها من المتاع والخدم أتقبل دعواه بلابينه أم لا تقبل دعواه إلاّ ببينه؟ فكتب عليه السلام : تجوز بلابينه، و قال كتبت إلى أبى الحسن يعنى على بن محمد عليه السلام : جعلت فداک إن ادعى الزوج المرأه الميته أو أبو زوجها أو أمّ زوجها فى متاعها أو فى خدمها مثل الذى ادّعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخدم أيكون بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب عليه السلام لا».(1)

ولا وجه لرفع اليد عن ظهورها حتى بالاضافه إلى ما لم يعلم جريان يد أبيها عليه لتمام سندها؛ فإنّ جعفر بن عيسى أخو محمد بن عيسى اليقطينى فيه مدح ومعروف، والراوى عنه محمّد بن إسماعيل البرمكى ثقه مستقيم كما عن النجاشى، ولا يعارضه المنقول عن ابن الغضائرى لعدم استناد الكتاب المعروف إلى ابن الغضائرى، والراوى عن محمد بن اسماعيل محمد بن جعفر بن عون الأسدى الثقه مع أنّ للصدوق قدس سره إلى جعفر بن عيسى طريقاً آخر فإنّه رواها بسنده عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفربن عيسى.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1.

ص :408

المقصد الثالث

فى دعوى المواريث

وفيه مسائل:

الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم اسلام أحدهما على موت الأب، وادعى الآخر مثله فانكر اخوه، فالقول قول المتفق على تقدم اسلامه، مع يمينه [1]أنّه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا، واتفقا على تقدم حريه احدهما واختلفا فى الآخر.

الشَرح:

[1] لو اتفق اخوان مثلاً على أنّ أحدهما المعين قد أسلم قبل موت والدهما المورّث، واختلفا فى إسلام الأخ الاخر، فقال ذلک الأخ: أسلمت مثلک قبل موت والدنا، وقال الأخ المتفق على إسلامه قبل موت المورّث: أنّک اسلمت بعد موته، فذكر الماتن قدس سره أنّه يحلف الأخ المتّفق على تقدم إسلامه للأخ الآخر ويرث التركه كما هو مقتضى الاستصحاب فى كفر الأخ إلى زمان موت والدهما، وما ورد أنّ الكافر لا يرث المسلم ظاهره أنّ كفر الوارث عند موت المورّث المسلم يمنع الارث، وكذا ما ورد من أنّ إسلام المسلم الوارث يمنع غيره عن الإرث.

لا يقال: يجرى فى المقام الاستصحاب فى ناحيه حياه المورّث إلى زمان اسلام الأخ الثانى، فيتعارض الاستصحابان على ماهو المقرّر فى تعارضهما فى مجهولى التاريخ.

....

الشَرح:

فإنّه يقال: لامجال للاستصحاب المزبور لأنّ استصحاب حياه الأب إلى زمان إسلام الأخ الثانى لايثبت أنّه مات زمان اسلامه مع أنّ التعارض بين الاستصحابين كافٍ فى عدم ثبوت موضوع الارث، وهو موت المورّث عن ولدين مسلمين.

هذا كلّه فيما إذا كان زمان كل من اسلام الولد الثانى وموت الأب مجهولاً، أمّا إذا علم زمان اسلام الولد الثانى كما هو المفروض فى المسأله الثانيه كما إذا اتفقا على أنّ أحد الأخوين قد أسلم فى غره شعبان والثانى أسلم فى غره رمضان، واختلفا فى زمان موت الأب، فقال الأخ الأوّل أنّه قد مات قبل غره رمضان، وقال الثانى أنّه مات بعد دخول رمضان، فذكر الماتن فى الفرض أنّ التركه بينهما، وكأنّه لاستصحاب بقاء حيوه الأب إلى ما بعد غره رمضان.

أقول: يجرى فى الفرض أيضاً الاستصحاب فى ناحيه عدم اسلام الأخ الثانى زمان موت الأب، فإنّ عدم الشک فى اسلام الأخ الثانى بالاضافه إلى أجزاء نفس الزمان، وإسلامه فى أجزاء الزمان أو عدمه ليس بموضوع الحكم، بل الموضوع لإرثه اسلامه زمان موت والده بأن يكون فى ذلک الزمان مسلماً، وبما أنّه يحتمل بقاؤه على كفره فى ذلک الزمان فيستصحب كما أوضحنا ذلک فى بحث الأصول عند الشک فى المتقدم والمتأخر من الحادثين، ولايعارض بالاستصحاب فى حياه الموّرث إلى غره رمضان؛ فإنّه لا أثر لعدم موته إلى ذلک الزمان، فإنّ الموضوع للارث كونه مسلماً عند موته.

والحاصل: مقتضى الاستصحاب فى عدم اسلام الولد الثانى إلى زمان موت الأب كون تمام التركه للولد الأوّل، فيحلف للثانى مطلقاً، أو فيما ادعى عليه العلم واللّه سبحانه هو العالم.

الثانيه: لو اتفقا أنّ احدهما اسلم فى شعبان والآخر فى غره رمضان ثم قال المتقدم مات الأب قبل شهر رمضان وقال المتأخر مات بعد دخول شهر رمضان كان الأصل بقاء الحياه والتركه بينهما نصفين.

الثالثه: دار فى يد انسان، ادعى آخر أنّها له ولأخيه الغائب إرثاً عن ابيهما واقام بيّنه فإن كانت كامله، وشهدت أنّه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف[1] وكان الباقى فى يد من كانت الدار فى يده وفى الخلاف يجعل فى يد امين حتى يعود و لا يُلزم القابض للنصف الشَرح:

[1] لوكان فى يد شخص مال دار أو غيرها وادعى أحد أنّ المال له ولأخيه الغائب ورثاه عن أبيهما فلا يجوز أن يدفع النصف إليه أن يثبت ذلک بالبيّنه الكامله، ومعها يقسّمه الحاكم بينه و بين الغائب، ويدفع نصفه إلى المدعى ويبقى نصفه الآخر عند أمين، سواء أكان الأمين من فى يده المال أو غيره، فإنّه ولى الغائب يلاحظ صلاحه وعدم فساد ماله.

والمراد من البينه الكامله أن يشهد بانحصار الوارث لأبيهما المالک لذلک المال على الأخوين، وإذا لم يثبت انحصار الوارث بهما واحتمل وارث آخر فعلى الحاكم البحث عنه، بحيث لو كان يظهر عاده، ثم يدفع النصف إلى المدعى الحاضر مع أخذ الضامن بما أخذه المدعى، بحيث لو ظهر وارث آخر لكانت عليه حصته.

ولو كان للمدعى فرض أعطى فرضه كاملاً مع اليقين بعدم وارث آخر، أو مع البينه الكامله بذلک بأن يعطى للزوج النصف لعدم الولد لهما وللزوجه تمام الربع مع عدم الولد له، وإذا لم يحرز ذلک بأن احتمل الوارث الآخر يعطى النصيب الأدنى، فيعطى للزوج الربع مع احتمال الولد لها وللزوجه ربع الثمن مع احتمال الولد و تعدد الزوجات له، وبعد ظهور عدم الوارث الآخر يُعطى بقيه النصيب، ولو احتمل وجود الحاجب، حيث إنّه محجوب بالوارث من الطبقه الأُولى، فإن أُحرز بالبينه الكامله عدم

اقامه ضمين بما قبض ونعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه. ولو لم تكن البينه كامله، وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما، أُرجى ء التسليم حيث يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً، بحيث لو كان وارث لظهر، وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً. ولو كان ذا فرض. وأعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً. وعلى التقدير الشَرح:

الحاجب، أعطى المال بلاتضمين فإنّه مقتضى اعتبارها، وإن لم تشهد إلاّ بكونه أخاً واحتمل الحاجب فلايدفع المال إليه إلاّ بعد الفحص وعدم ظهورالحاجب، ومعه يدفع المال إليه مع التضمين.

ويستدلّ على ما ذكر بأنّ جواز دفع المال إليه مع احتمال وارث آخر بلا فحص اضرار فيندفع بقاعده حرمه الاضرار، ولأنّ الرجوع إلى أصاله عدم وارث آخر أو عدم الحاجب خلاف الاحتياط فى أموال الناس، مع أنّ أصاله عدم وارث آخر لا تثبت انحصار الوارث على المدّعى.

أقول: دفع المال كما يحتمل كونه اضراراً للوارث الآخر كذلک يحتمل أن يكون امساكه اضراراً للمدعى، ومن ذلک يظهر أنّ الإمساک عن المدعى لايكون من الاحتياط مطلقاً، وعنوان الانحصار لم يؤخذ فى ناحيه ارث أولوالأرحام، بل الموضوع له ترک الميت ولداً أو البنت أو الأخ أو أخوين ونحو ذلک ممّا يمكن احرازه بضم الوجدان إلى الأصل.

ولكن هذا الحكم ليس بقضاء، بل هو نظير دفع المال إلى المدعى بلا معارض، وجواز الدفع فى بعض الفروض وإن كان مقتضى الأصل إلاّ أنّ فى بعضها الآخر غير جائز، فإنّ مقتضى الأصل فيه وجود الوارث أوالحاجب كموارد استصحاب بقاء الحياه فى الأخ الثالث أو استصحاب بقاء الأبوين أو أحدهما، فإنّه يمنع عن ارث الأخ كما لا يخفى، فلا يبعد أن يجوز الدفع فى غير المقدار المتيقن أيضاً فيما كان مقتضى

الثانى يعطيه اليقين إن لو كان وارث، فيعطى الزوج الربع، والزوجه ربع الثمن معجلاً من غير تضمين، وبعد البحث يتمم الحصه مع التضمين. ولو كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام البينه الكامله أعطى المال وان أقام بينه غير كامله، أعطى بعد البحث والاستظهار بالتضمين.

الشَرح:

الأصل استحقاقه، أمّا لو كان مقتضاه عدم الاستحقاق فيجرى فى المقدار الزائد لزوم الفحص، وكذا فيأصل الدفع فيما كان مقتضى الأصل وجود الحاجب إلى أن يحرز عدمه بوجه معتبر.

ثمّ لا يخفى أنّ هذا كلّه فيما إذا كان المال بيد الآخر عيناً حيث لا يسمع عند الحاكم اعتراف ذى اليد بأنّها بتمامها ملک للمدّعى لكونه الوارث الوحيد أو أنّه له ولأخيه لانحصار الوارث عليهما والوجه فى عدم السماع أنّ اعترافه فى الحقيقه هو أنّ العين تركه الميت فيجب ايصالها إلى الوارث واقعاً أو إلى جميع الورثه، فقوله أنّ المدعى هو الوارث الوحيد أو انحصار الوارث عليه وعلى أخيه لا يعتبر اعترافاً على نفسه.

ولا يقاس بما إذا كانت عين بيد شخص وادعاها شخص آخر بأنّها ملكه واعترف ذو اليد بأنّها ملكه، فإنّه يدفع العين إلى مدعيها المقرّله، حيث يعد قول ذى اليد بأنّها ملكه اعترافاً بأنّها ليست ملک نفسه، بل عليه دفعها إلى المدعى المزبور بخلاف الاعتراف للمدعى بعنوان أنّه الوارث لفلان ، فإنّ الدفع إليه لا يحسب اعترافاً على النفس مطلقاً، كما هو مورد احتمال الحاكم وجود الحاجب أو بالاضافه إلى تمام العين فيما كان المحتمل عنده وارث آخر مع المدعى، ولو فيما ذكرنا فى مورد اقتضاء الاستصحاب وجوده.

وأمّا إذا كان المال ديناً على العهده فيسمع اعترافه بأنّ المدعى هو الوارث، حيث إنّه اعتراف على نفسه، فإنّه لو لم يكن هوالوارث أو لم ينحصر عليه لما تعين الدين

الرابعه: إذا ماتت امرأه و ابنها[1] فقال اخوها مات الولد أوّلاً ثم المرأه فالميراث لى وللزوج نصفان وقال الزوج بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البينه

الشَرح:

بدفع المال عليه، بل يبقى الدين الذى من تركه الميت على عهدته لتوقف تعين الدين فى الخارج على قبض المستحق أو وكيله أو وليه.

[1] إذا ماتت امرأه وابنها ولم يعلم الحاكم السابق بالموت مع احتماله اقتران موتهما أو مع عدم احتماله فقال أخوها مات الولد قبل أُمّها فالمال بينه و بين الزوج بالمناصفه، وقال الزوج ماتت المرأه أوّلاً فالمال كلّه له ورثه من الابن، فإن كانت لأحدهما بينه بما ادّعاه قضى على طبقها.

وبيان ذلک خمسه أسداس من مال الولد لأبيه يعنى الزوج بلاخلاف ونزاع، لأنّ غايه دعوى أخ المرأه أنّ ثلث مال الولد لموته أوّلاً انتقل إلى أمّه، وذلک الثلث بموت الأُم ثانياً يكون بينه وبين الأب، فيجتمع للأب خمسه أسداس من مال الولد أربعه بموت الولد وسدس بموت الأُم بعده، كما أنّ المال الأصلى للمرأه يكون بينه وبين أب الولد بالمناصفه.

وبالجمله: فالأخ للمرأه يدعى نصف المال الأصلى للأُم وسدساً من مال الولد، ولكن دعوى الأب أن كل مال الولد ومال الزوجه له لموت الزوجه أوّلاً.

قال المصنّف قدس سره أنّه مع عدم البينه لواحد منهما يحكم بأنّ جميع مال الولد لأبيه، ولعلّ مراده بعد حلف الأب لأخ المرأه على عدم موت الزوجه بعد موت الابن، أو على عدم علمه بذلک، كما أنّه يحكم بأنّ تركه المرأه يعنى جميع ما لها الأصلى بين الأب وأخ المرأه بالمناصفه، ولعلّه أيضاً بعد حلف الأخ للأب بأنّها لم تمت قبل موت ولدها أو لايعلم موتها كذلک.

وبالجمله: اختلاف الأب مع أخ الأُم فى سدس مال الولد ونصف مال الأُم.

ومع عدمها لا يقضى بأحدى الدعويين، لأنّه لا ميراث إلاّ مع تحقق حياه الوارث فلا ترث الأُمّ من الولد، ولا الابن من امه ويكون تركه الإبن لابيه، وتركه الزوجه بين الاخ والزوج.

الشَرح:

وعلّل قدس سره ما ذكره بأنّه لاميراث إلاّ مع تحقق الحياه من الوارث، ولعلّ مرجعه إلى أنّ مقتضى الاستصحاب فى ناحيه حياه الولد عند موت أُمّه انتقال تمام تركتها إلى أبيه، كما أنّ مقتضى الاستصحاب فى ناحيه حياه الأُم زمان موت الولد كون تركتها بين زوجها وأخيها بالمناصفه، والحلف الذيتقدم احتماله مبنى على هذين الاستصحابين.

ولكن شئياً منهما غير تام، لأنّ الاستصحاب فى حياه الولد زمان موت الأُم لا يثبت اقتران موتهما يعنى تحقق الموتين فى زمان واحد لينتقل جميع المال الأصلى للابن إلى أبيه ويكون المال الأصلى لأُمّه بين زوجها وأخيها، بل قد لايحتمل الاقتران كما ذكرنا، ولذا يقال فى المقام بأنّ دعوى الأب وأخ المرأه بالاضافه إلى سدس المال الأصلى للطفل من دعوى الاملاک، وكذا دعواهما بالاضافه إلى النصف من المال الأصلى للمرأه، فيجرى عليهما ما تقدم فى دعوى الاملاک من أنّه إذا كان لأحدهما بينه أو حلف أحدهما فالمال له، ومع قيام البيّنه لكل منهما أو عدم اقامتها أصلاً يحلفان و يقتسمان ومع نكولهما يقرع بينهما.

أقول: إذا أقام أحدهما بينه على مدّعاه فلا بأس بالحكم بثبوته، لإطلاق اعتبار البيّنه، وإن تقدم الاشكال فى كون الحكم قضاءً فيما لم يكن فى البين المدعى عليه، وكذا لا بأس بالحكم بالتنصيف مع اقامه كل منهما البينه على مدعاه مع حلفهما أو مع نكولهما أخذاً بما ورد فى معتبره اسحاق بن عمّار وما فى ذيل معتبره غياث بن إبراهيم المتقدمتين.

وإنّما يقع الاشكال فى الحكم بالتنصيف مع عدم اقامتهما البينه بحلفهما، حيث

الخامسه: لو قال: هذه الأمه ميراث من أبى[1] وقالت الزوجه هذه أصدقنى اياها أبوک، ثم أقام كلّ منهما بينه يقضى ببيّنه المرأه، لأنّها تشهد بمايمكن خفاؤه على الاخرى.

الشَرح:

يعتبر الحلف من المدعى عليه إذا لم يكن للمدعى بينه، وفى مثل المقام كل من المتنازعين مدّعٍ من غير أن يكون فى البين المدعى عليه، واطلاق المدعى لكل منهما بالاضافه إلى المال، حيث إنّه المدعى به، نظير ما إذا لم يكن المال بيد أحد وادّعاه شخص بلا معارض أو ادّعاه بالبينه.

لايقال: قد ورد فى صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى كتاب على أنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه احكم بينهم بكتابى وأضفهم إلى اسمى فحلّفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينه»(1)، وظاهرها قيام الحلف مقام البينه إذا لم تكن.

فإنّه يقال ظاهرها الحلف للمدّعى إذا لم تكن له بيّنه، لا أنّه يحلف المدعى إذا لم يجد بيّنه، وقد ورد فى سائر الروايات أنّ الحلف للمدعى يقع من المدعى عليه والمفروض عدم المدعى عليه فى مثل المقام.

اللّهمّ إلاّ أن يقال يكفى فى صدق المدعى عليه المنازع فيما لو اعترف بدعوى المدعى ثبتت دعواه ويلزم على ذلک سقوط الدعوى من الجانبين فيما إذا نكلا عن اليمين إلاّ أنّ للعلم اجمالاً بكون سدس مال الابن لأحدهما وكذا نصف مال المرأه فيقرع فيهما بينهما لإخراج المحق أخذاً بما ورد فى القرعه لإخراج المحق.

[1] إذا مات الأب وقال ابنه هذه الجاريه ميراث أبى، وقالت زوجته قد جعل أبوک الجاريه صداقاً فى نكاحى فهى لى، فإن أقامت بينه بدعواها ثبتت، وإلاّ يحلف الابن على البنت أو على نفى العلم بدعواه، وإن أقام كل منهما بيّنه تقدم بيّنه الزوجه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 167.

....

الشَرح:

لا لأنّها بينه الخارج، كما عليه المشهور، بل لأنّ البينه المزبوره تشهد بمايمكن خفاءه على الأُخرى، بلافرق بين كون الجاريه بيدهما أو بيد شخص يعترف بأنّها كانت للمتوفى، وكأنّ مراده قدس سره أنّ ما ورد فى تعارض البينتين لا يعم المقام، حيث لا تعارض فى الواقع بين البينتين، حيث تشهد احداهما بالإصداق والعلم به، والأخرى تشهد بمقتضى بقاعده اليد التى كانت للمتوفى.

أقول: هذه مثل الدار التى قال الوارث لا أعلم إلاّ أنّها كانت بيد المورّث، ويدعى آخر أنّ الدار له، حيث ذكرنا تقديم ما هو الأكثر فى العدد من شهودهما مع الحلف.

ص :417

ص :418

المقصد الرابع

فى الاختلاف فى الولد

إذا وطى ء اثنان امرأه وطئاًيلحق به النسب[1] إمّا بأن تكون زوجه لأحدهما ومشتبهه على الآخر أو مشتبهه عليهما، أو يعقد كلّ واحد منهما عليها عقداً فاسداً، ثمّ تأتى بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز اقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما ويلحق بمن تعيّنه القَرعه:

[1] لاينبغى التأمّل، بل لا يعرف الخلاف فى أنّه إذا تزوجت الحرّه أو الأمه بعدالطلاق الأوّل وأتت بولد لسته أشهر من تزوجها الثانى يلحق الولد بالزوج الثانى حتى فيما لو احتمل لحوق الولد بالأوّل و فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «إذا كان للرجل منكم الجاريه يطأها فيعتقها فاعتدّت ونكحت فإن وضعت لخمسه أشهر فإنّه من مولاها الذى أعتقها وإن وضعت بعد ما تزوّجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير».(1)

ومن ذلک يظهر أنّها لو وضعت بأقلّ من سته أشهر من تزوّجها يلحق الولد بالأوّل، ويحكم بحرمتها أبداً للثانى، لأنّها لوضعها فى أقلّ من ستّه أشهر محكومه بالحمل من الأوّل، فلا تنقضى عدّتها إلاّ بوضع الولد، فالنكاح الثانى وقع أيّام عدّتها، وبما أنّ الثانى دخل بها فتكون محرّمه عليه أبداً.

وإذا وطأ المرأه اثنان أحدهما زوجها أو غيره شبهه والآخر بالزنا يلحق الولد

1- (1) الوسائل: 14، الباب 58 من أبواب نكاح العبيد، الحديث 1: 568.

القرعه، سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبدين أو حرّين، أو مختلفين فى الإسلام والكفر والحرّيه والرقّ أو أباً و ابنه هذا إذا لم يكن لأحدهما بينه.

الشَرح:

بالزوج أو بالواطى ء شبهه، ولا ينتفى عن الزوج إلاّ باللعان، ، كماتشهد بذلک عده من الروايات منها موثقه سعيد الأعرج عن أبى عبداللّه عليه السلام «سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله الولد للفراش وللعاهر الحجر»(1) فإنّ مقتضى الاستشهاد بقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله عدم الفرق فى الحكمه بين الفجور بالجاريه والزوجه، وفى موثقته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام «قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأه ليست بمأمونه تدّعى الحمل، قال: ليصبر لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله الولد للفراش وللعاهر الحجر»(2)، إلى غير ذلک.

وأمّا إذا كان كل من الوطئين أو الأكثر بالفراش فالمشهور أنّه إذاكان فى طهرين يلحق الولد بالأخير، أمّا إذا كانا فى طهر واحد يقرع بينهم، وفى روايه زراره «قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلّق زوجته ثم نكحت وقد اعتدّت ووضعت لخمسه أشهر فهو للأوّل وإن كان ولد أنقص من سته أشهر فلأُمّه و لأبيه الأوّل وإن ولدت لسته أشهر فهو للأخير»(3) وفى خبر أبى العباس: «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير وإن كان لأقل من ستّه أشهر فهو للأوّل»(4) إلى غير ذلک ممّا يكون مفادها لحوق الولد بالأخير.

وفى صحيحه معاويه بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا وطى ء رجلان أو ثلاثه جاريه فى طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد

1- (1) الوسائل: 14، الباب 58 من أبواب نكاح العبيد، الحديث 4:568.

ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوى المنفرده، وبالفراش المشترک والدعوى المشترکه ويقضى فيه بالبينه، ومع عدمها بالقرعه.

الشَرح:

ولده»(1)، وفى صحيحه الحلبى ومحمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال: إذا وقع الحر والعبد والمشرک بامرأه فى طهر واحد فادّعوا الولد أُقرع بينهم فكان الولد للذى يخرج سهمه»(2)، إلى غير ذلک ممّا يدلّ على أنّ إلحاق الولد فى الفرض يكون بالقرعه، وإن لم يدعوه بأن سكتوا كصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: اذا وقع المسلم واليهودى والنصرانى على المرأه فى طهر واحد أقرع بينهم فكان الولد للذى تصيبه القرعه».(3)

ويستفاد من التقييد بطهر واحد أنّه إذا وقع الوطآن فى طهرين يلحق بالأخير، ولعلّه لبراءه الرحم بالحيضه من الماء الأوّل.

والحاصل: أنّ الولد يلحق بالزوج والفراش مع انفراد كل منهما وكذا يلحق بالمدعى مع صغر الطفل وعدم المعارض و مع الفراش المشترک يقرع سواء ادعيا أم سكتا أو سكت أحدهما، وتمام الكلام فى باب بحث لحوق الولد فيأحكام الأولاد.

إلى هنا انتهى ما قصدنا إيراده من مباحث القضاء

وقد وقع الفراغ بيد مؤلفه

جواد بن على التبريزى

غفر لهما

فى شهر رجب المرجب سنه خمس و أربعمائه وألف من الهجره المباركه.

وللّه الحمد أوّلاً وآخراً

1- (1) المصدر نفسه: الباب 57 من أبواب نكاح العبيد، الحديث1:566.

2- (2) الوسائل: 14، الباب 57 من أبواب نكاح العبيد، الحديث 1: 566.
3- (3) المصدرنفسه: 17، الباب 10 ميراث ولد الملاعنه، الحديث 1:571.

ص :422

كتاب الشهادات

ص :423

ص :424

اشتراط البلوغ فى الشاهد

بسم اللّه الرحمن الرحيم

والنظر فى أطراف خمسه:

الاوّل:

فى صفات الشهود

ويشترط فيه سته أوصاف:

الأوّل: البلوغ [1].

فلاتقبل شهاده الصبى، ما لم يصر مكلّفاً، وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً، وهو متروک.

الشَرح:

[1] الشهاده قسم من الخبر كمايأتى، ويقع الكلام فى كتاب الشهادات فيأطراف خمسه: الأوّل: فى الصفات المعتبره فى الشاهد، وهى سته:

الأوّل: البلوغ، فلا تسمع شهاده الصبى غير المميز، بلاخلاف معروف أو منقول، وكذا المميز إلى أن يبلغ على المشهور قديماً و حديثاً، إلاّ فى القتل، وقيل فى الجراح خاصه، وقيل فيهما، وقيل كما يظهر من عباره الماتن قدس سره وغيره: تسمع شهاده من بلغ

....

الشَرح:

عشراً مطلقاً، من غير فرق بين القتل والجرح وبين غيرهما، وربّما ينسب ذلک إلى الشيخ قدس سره فى النهايه، ولكنّه وهمٌ، وقد صرَّح بعض بعدم عرفان القائل به.

ويشهد لما عليه المشهور صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «فى الصبى يشهد على الشهاده، فقال: إنّ عقله حين يدرک أنّه حق جازت شهادته».(1)

ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أميرالمؤمنين عليه السلام :إنّ شهاده الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها».(2)

حيث إنّ تعليق سماع شهادتهم بما إذا عقلوها حين بلوغهم أو كانت شهادتهم عند كبرهم، مقتضاه عدم سماع شهادتهم قبل بلوغهم.

وفى صحيحه محمد بن حمران قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده الصبى، قال: فقال: لا، إلاّ فى القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولا يؤخذ بالثانى»(1)، ونحوها صحيحه جميل قال: «قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام : تجوز شهاده الصبيان؟ قال: نعم فى القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولا يؤخذ بالثانى منه».(4)

وربّما يقال بتعارضهما مع موثقه طلحه بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن على عليه السلام قال: «شهاده الصبيان جائزه بينهم ما لم يتفرّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم»(5)، وربّما أنّها أخص ممّا تقدم، حيث إنّ عدم السماع فيها مطلق فيقيد بما فى الموثقه من شهادتهم بعد تفرّقهم أو رجوعهم إلى أهلهم.

1- (3) الوسائل: 18، الباب 22 من أبواب الشهادات، الحديث 6 :253.

واختلفت عباره الأصحاب فی قبول شهادتهم فی الجِراح والقتل، فروی جمیل عن أبی عبداللّه علیه السلام : «تقبل شهادتهم فی القتل ویؤخذ بأوّل کلامهم»، ومثله روی محمد بن حمران عن أبی عبداللّه علیه السلام .

الشَرح:

ولکن لایخفی أنّ ظاهر الموثّقه تقیید السماع فی مورد سماع شهادتهم، یعنی یعتبر شهاده الصبیان فی القتل أو الجرح فیما إذا شهدوا به أن تقع بین جمعهم قبل أن یتفرقوا أو یرجعوا إلی أهلهم، فانه بعد ذلک لا تسمع شهادتهم، ولعل السماع فی تلک الصوره لافاده شهادتهم العلم بالواقعه نوعاً، ویمکن أن یکون المراد شهاده بعضهم علی بعضهم الآخر قبل تفرقهم و رجوعهم إلی أهلهم، ولولم یکن ظاهرها ذلک، فیحمل علیه، جمعاً بینها وبین ما تقدم.

ولو اغمض عن ذلک ایضاً، فالنسبه بینها وبین مثل صحیحه جمیل، العموم من وجه، لدلاله المستثنی منه فی الصحیحه علی عدم اعتبار شهاده الصبی فی غیر القتل عند تفرقهم، ولا ینافیها الموثقه، ودلاله الموثقه علی اعتبارشهادتهم فی القتل قبل تفرقهم، و هذا لا ینافیه المستثنی منه فی الصحیحه، ویجتمعان فی شهادتهم فی غیر القتل قبل تفرقهم، فالموثقه تثبت سماعها والصحیحه تنفی سماعها، وبعد تساقطهما یرجع إلی الاطلاق فی عدم سماع شهاده الصبی حتی یدرک.

وأمّا صحیحه أبیأیوب الخزاز قال: «سألتُ اسماعیل بن جعفر متی تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنین، قلت: ویجوز أمره؟ قال: فقال: إنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله دخل بعائشه وهی بنت عشر سنین ولیس یدخل بالجاریه حتی تکون امرأه، فإذا کان للغلام عشر سنین جاز أمره وجازت شهادته».(1)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 22 من أبواب الشهادات، الحدیث 3:252.

وقال الشيخ فى النهايه: «تقبل شهادتهم فى الجراح والقصاص»، وقال فى الخلاف:

الشَرح:

فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم الإسناد إلى المعصوم عليه السلام ، ولعل القول بسماع شهادتهم إذا بلغوا عشر سنين مستند إلى هذه الروايه التى تتضمن القياس الباطل.

وأمّا موثقه عبيد بن زراره، قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده الصبى و المملوک، قال: على قدرها يوم اشهد تجوز فى الأمر الدوّن ولا تجوز فى الأمر الكبير»(1)، فلا يمكن الاستناد عليها أيضاً، لتضمّنها عدم جواز شهاده المملوک، مع ما يأتى من جواز شهاده المملوک كالحرّ، والتفصيل الوارد فيه لم يعهد العمل به من أحد من الأصحاب، مع عدم الانضباط فى الأمر الدون والأمر الكبير.

والمتحصّل: المتبع فى المقام ما دلّ على عدم سماع شهادتهم حال صغرهم، ويستثنى من ذلک شهادتهم فى القتل ابتداء كلامهم، فلا يسمع شهادتهم ثانياً على خلاف الابتداء، و قد صرّح بذلک جمع من الأصحاب، وبعضهم الحق شهادتهم فى الجرح بالقتل بالأولويه، بل ظاهر الماتن والدروس انحصار سماع شهادتهم على الجرح.

ولكن لا يخفى انّ مقتضى الأولويّه على تقديرها الحاق الشهاده بكل أمر وهذا يخالف الحصر الوارد فى صحيحتى جميل و محمّد بن حمران المتقدمتين، ولم يرد فى شىء من الروايات السماع فى الجرح، وعليه فالأظهر الاقتصاربالقتل فلايتعدّى إلى الجرح فضلاً عن غيره، وذلک لأنّ السماع فى القتل فيه نوع تحفظ على الدماء.

والعجب من مثل الماتن حيث ترک العمل بصحيحتى جميل ومحمد بن

1- (1) المصدرنفسه: الحديث 5:253.

«تقبل شهادتهم فى الجِراح مالم يتفرقوا إذا اجتمعوا على مباح»، والتهجّم على الدماء، بخبر الواحد خطر، فالأولى الاقتصار على القبول فى الجراح بالشروط الثلاثه: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكاً بموضع الوفاق.

الشَرح:

حمران، ومع ذلک التزام بجواز السماع فى الجرح، وقد تبين انّ السماع فى الجرح مبنى على السماع فى القتل بالعمل بهما.

و ما ذكر من اشتراط بلوغهم فقد تقدم الحال فيه، وكذا ما ذكره بعضهم من اشتراط اجتماعهم على المباح، وقد سبقهم على ذلک الاشتراط الشيخ قدس سره فى النهايه، ولا يخفى ما فيه أيضاً بعد كون الصبى مرفوع القلم.

ثمّ إنّ فى شمول الاستثناء للصبيّه تأمّلاً والأصل عدم اعتبارشهادتها، ولايخفى أيضاً أنّ مورد الكلام فى المقام سماع شهاده الصبى عند آدائها، وأمّا تحمّل الشهاده عند الصبا وادائها بعد بلوغها فلا بأس به، كماهو ظاهرصحيحه محمد بن مسلم ومعتبره السكونى المتقدمتين، ولكن تحمّله لا يفيد فيما إذا كان شرطاً كما فى الطلاق، ومما ذكر يظهر التمسّک فى الحكم فى المقام بقوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ».(1)

1- (1) البقره: 282.

الثانى: كمال العقل [1].

فلاتقبل شهاده المجنون اجماعاً، أمّا من يناله الجنون أدواراً فلابأس بشهادته حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بمايتيقّن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته.

وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربّما سمع الشىء ونسى بعضَه، فيكون ذلک مغيّراً لفائده اللفظ و ناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به.

الشَرح:

[1] لا ينبغى التأمّل فى اعتبارالعقل فى الشاهد، حيث لا اعتبارلأقوال المجنون فى غير مقام الشهاده فضلاً عن مقامها، أضف إلى ذلک اعتبارالعداله فى الشاهد، والمجنون لا يوصف بها، وقد صرّح بعضهم اعتبار العقل عند التحمّل أيضاً، واعتباره فيما كان التحمّل شرطاً كما فى الطلاق صحيح وفى غيره لا يخلو عن الوجه.

ومما ذكر يظهر أنّه لا بأس بشهاده المجنون حال إفاقته حيث إنّه يدخل حالها مع اجتماع سائر الشرائط فى شهاده رجل عدل.

و ذكر الماتن قدس سره أنّه لاتسمع شهاده من يغلب عليه السهو، فإنّ الشخص مع عدالته ربّما ينسى بعض الشىء، وإذا كان أمراً غالبياً لعادل فلا اعتبار بشهادته كما لا اعتبار باخباره عند العقلاء والمتشرعه، إلاّ إذا حصل وثوق بعدم سهوه، ولو لكون المخبر به أو المشهود به مما لايسهى فيه.

وبالجمله: ما ورد فى اعتبار البيّنه وخبر العدل ينصرف عن أخبار من يغلب عليه السهو، وكذا المغفل الذى فى جبلته البله، لعدم تفطّنه لمزايا الأمور، ولايؤمن من التزوير عليه.

ويمكن استظهار الاعتبار مع الاغماض عمّا ذكر من مثل صحيحه عبد اللّه بن

و كذا المغفّل الذى فى جبلته البله، فربّما استغلط لعدم تفطّنه لمزايا الأمور، والأولى الإعراض عن شهادته، ما لم يكن الأمر الجلى، الذييتحقق الحاكم استثبات الشاهد له وأنه لا يسهو فى مثله.

الشَرح:

سنان قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ما يردّ من الشهود؟ فقال: الضنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلک يدخل فى الظنين»(1)، حيث لايبعد شمول المتهم لمن كان اتهامه بكثره نسيانه أو كونه أبله لا يلتفت إلى خصوصيه الواقعه حتى مع حسّه بها.

ص :431

1- (1) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 274.

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل شهاده غير المؤمن[1] وإن اتّصف بالإسلام، لاعلى مؤمن ولاعلى غيره، لاتّصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهاده.

الشَرح:

[1] مراده قدس سره عدم سماع شهاده المخالف، وانّ الإيمان بمعناه الخاص شرط فى الشاهد زائداً على إسلامه، فلا توجب شهاده غير المؤمن ملاكاً للقضاء، نعم إذا أوجبت شهادته أو شهاده غير المسلم فى مورد علماً للقاضى بالحق فعلى القاضى الحكم به لا للشهاده، بل لكونه قضاءً بعلمه.

ولا ينبغى التأمّل فى عدم سماع شهاده المخالف على المؤمن فيما إذا كان المخالف مقصّراً فى عدم الاعتقاد وعرفان الحق فإنّه يدخل فى الفاسق، ويأتى انّه لا اعتبار بشهاده الفاسق، أضف إلى ذلک دعوى الاجماع عليه، بل مقتضى بعض الكلمات عدم الفرق بين القاصر والمقصّر.

ولكن اثبات عدم سماع شهاده القاصر لا يمكن ، بل سماعها مقتضى الإطلاق فى بعض الروايات كصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده، ثمّ يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلک خير جازت شهادتهما».(1)

وفى صحيحته الأُخرى عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهاده الرجل إذا علم منه خير؛ الحديث»(2)، حيث إنّ المخالف القاصر فيما إذا كان عدلاً على مذهبه يدخل فيهما.

نعم، لو قيل بكفر المخالف يتعيّن القول بعدم سماع شهاده المخالف مقصراً أو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 39 من أبواب الشهادات، الحديث 1:285.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 8: 291.

....

الشَرح:

قاصراً، لكن القول المزبور ضعيف، كما قرر فى بحث الكفر والإسلام، وهذا فى غير الناصب فإنّ الناصب داخل فى عنوان الكافر ولا تسمع شهاده الكافر على مسلم.

وفى صحيحه أبى عبيده عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهاده أهل الذمّه (الملل) على المسلمين».(1)

وفى موثقه سماعه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه قال: فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملتهم.(1)

ويدل أيضاً ما ورد مثل صحيحتى محمد بن مسلم فى سماع شهاده الكافر بعد اسلامه، ويأتى بقيّه الكلام فى شهاده الكافر.

وفى صحيحه عبداللّه بن المغيره قال: «قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام : رجل طلّق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين، قال: كل من ولد على الفطره وعرف بالصلاح فى نفسه جازت شهادته.(2)

ولابدّ من حملها على أنّ الجواب نوع طفره عن الجواب ببيان الكبرى، كيف وجوازشهاده الناصب فى الطلاق مخالف للكتاب المجيد حيث يقول سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ»(4)، والكافر لا يدخل فى ذوى عدل منكم.

وعن المسالک: انّ المعتبر فى صدق الفاسق والظالم حيث علّل الماتن عدم سماع شهاده غير المؤمن بصدقهما هو عدم اعتقاد الشخص بأنّ ما يفعله أو يعتقده من خلاف الحق بأنّه الحق و الطاعات، وإلاّ فمع الاعتقاد بذلک سواء أكان هذا الاعتقاد

1- (2) المصدر نفسه: الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 5:290.
2- (3) الطلاق:2.

....

الشَرح:

ناشئاً عن نظر أو تقليد لا يدخل الشخص فى العنوانين، فإنّ الظالم من يعاند الحق مع علمه به، والفاسق من ترک الحق مع احرازه، والعامه مع اشتراطهم العداله فى الشاهد يقبلون شهاده المخالف لهم فى الاصول ما لم يبلغ خلافه حد الكفر أو يكون خلافه لدليل قطعى بحيث تكون المخالفه بمحض التقصير، وعلى ذلک فالعدل يوجد فى جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضى ملتهم ودينهم، ويحتاج اخراج هذا النحو من العدل عن سماع شهاده العدل إلى دليل وقد تحقق الدليل فى الكافر بالاضافه إلى شهادته على المسلم ولو فرض فسق المخالف كما هو ظاهر المصنف فاشتراط الإيمان لا يحتاج إليه بعد اشتراط العداله.

وفيه ما لايخفى، من صدق الظالم لنفسه و الفاسق على من ترک الفحص عن الحق ولو مع احتماله فى زمان، بحيث لو فحص عن الحق فى ذلک الزمان لتمكن من الوصول إليه.

بقى فى المقام أمر، وهو ما يقال من أنّه إذا كان المخالف محكوماً بالفسق فلا تقبل شهادته على مؤمن، وأمّا إذا شهد على مخالف آخر فعلى القاضى سماع شهادته، حيث إنّ السماع مقتضى قاعده الإلزام، حيث إنّ المدعى عليه المخالف لايرى بشهاده المخالف المزبور بأساً.

ولا يبعد القول بأنّ سيره علىّ عليه السلام كانت على ذلک فى قضاياه، والاجماع المدّعى على عدم سماع شهاده المخالف مطلقاً أو فيما كان جاهلاً مقصراً لايعم الفرض.

أقول: الالتزام بالتفرّقه فى قضايا علىّ عليه السلام ، وانّه إذا كان المدّعى مؤمناً وشهوده من المخالفين كالمدّعى عليه كان يحكم للمؤمن بتلک الشهاده، وأمّا إذا كان الأمر بالعكس بأن كان المدّعى كشهوده من المخالفين لا يحكم بشهادتهم على المؤمن بعيد غايه البعد.

نعم، تقبل شهاده الذمّى خاصّه فى الوصيّه، إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها[1]، ولايشترط كون الموصى فى غربه، وباشتراطه روايه مطرحه، ويثبت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البيّنه أو الاقرار.

وهل تقبل شهاده الذمّى على الذمّى؟ قيل: لا، وكذا لا تقبل على غير الذمّى، وقيل تقبل شهاده كلّ ملّه على ملتهم، وهو استناد إلى روايه سماعه، والمنع أشبه.

الشَرح:

بل لايبعد أن يكون قضاؤه عليه السلام بشهاده المخالفين لمؤمن على مخالف أو لمخالف على مؤمن مجرى التقيه والمداراه، وقد ورد فى موثقه أيوب بن نوح الأخذ بأحكامهم بالتقيه والمداراه، قال: «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام أسأله هل نأخذ فيأحكام المخالفين ما يأخذون منّا فى أحكامهم أم لا؟ فكتب عليه السلام : يجوز لكم ذلک إذا كان مذهبكم فيه التقيه منهم والمداراه».(1)

وقد ورد فى صحيحه أبى ولاّد الوارده فى قضاء أبى حنيفه فى واقعه البغله المستأجره عدم نفوذ قضائه لمؤمن على مخالف، مع عدم التقيه فى مورده كما هو ظاهرها.

[1] يقع الكلام فى جهتين:

الأولى: سماع شهاده المسلم العادل على الكافر و عدم سماع شهاده الكافر على المسلم، مؤمناً كان أو غيره، من غير فرق بين الكافر ذمّياً أو غيره، وقد نفى الخلاف عن الحكمين بل ادّعى عليهما الاجماع.

وفى صحيحه أبى عبيده عن أبى عبداللّه عليه السلام : «تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهاده أهل الذمّه (الملل) على المسلمين»(2)، وإذا لم تنفذ

1- (1) الوسائل: 17، الباب 4 من أبواب ميراث الاخوه والأجداد، الحديث 3: 484.

2- (2) المصدر نفسه: 18، الباب 38 من أبواب الشهادات، الحديث 1:284.

....

الشَرح:

شهاده الذمّى على مسلم فعدم سماع شهاده الحربى أولى.

ويدلّ أيضاً على السماع، صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهاده المملوک من أهل القبله على أهل القبله على أهل الكتاب».(1)

وكذا ما ورد فى سماع شهاده الكافر على المسلم إذا كان الأداء بعد اسلامه، كمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : قال أميرا لمؤمنين عليه السلام : اليهودى والنصرانى إذا أُشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم».(2)

نعم فى صحيحه جميل قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن نصرانى أُشهد على شهاده ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال:لا.(2)

ولكن لابدّ من حملها على صوره عدم احراز عدله بعد اسلامه، جمعاً بينها وبين مثل معتبره السكونى، بشهاده صحيحه محمّد بن مسلم قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده، ثمّ يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كان أُشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلک خير جازت شهادتهما.(4)

وبالجمله: مقتضى ما تقدم عدم سماع شهاده الكافر على المسلم ولو كان الكافر من القاصر.

الجهه الثانيه: انّه تسمع شهاده الكافر بالوصيه من الموصى المسلم إذا لم يجد من عدول المسلمين من يشهد بها، وهذا الحكم فى الجمله قطعى ولا خلاف فيه، لدلاله الكتاب المجيد والروايات، قال سبحانه:«أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَهُ الْمَوْتِ».(5)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب الشهادات، الحديث 4:254.
2- (3) المائده:106.

....

الشَرح:

وفی صحیحه ضریس الکناسی قال: «سألت أباجعفر علیه السلام عن شهاده أهل الملل هل تجوز علی رجل مسلم من غیر أهل ملتهم؟ فقال: لا إلاّ أن لا یوجد فی تلک الحال غیرهم، وان لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم فی الوصیه لأنّه لا یصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا یبطل وصیته(1)».

وفی صحیحتی الحلبی ومحمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته هل تجوز شهاده أهل مله من غیر أهل ملتهم؟قال: نعم إذا لم یوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غیرهم انّه لا یصلح ذهاب حق أحد».(2) وموثقه سماعه قال: «سألت ابا عبداللّه علیه السلام عن شهاده اهل الذمّه (الملّه) فقال لا یجوز إلاّ علی اهل ملتهم، فان لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم علی الوصیه، لأنّه لا یصلح ذهاب حق احد».(3)

وفی صحیحه هشام بن الحکم عن أبی عبداللّه علیه السلام فی قول اللّه عزّوجلّ: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَیْرِکُمْ».

قال: «إذا کان الرجل فی أرض غربه ولا یوجد فیها مسلم جازت شهاده من لیس بمسلم فی الوصیه».(4)

وتتضح أطراف المسأله بالتکلّم فی أمور:

الأوّل: هل یعتبر فی سماع شهاده الکافر بوصیه المسلم أن یکون الموصی عند الوصیه فی الغربه أم لا تعتبرالغربه ؟

المنسوب إلی المشهور قدیماً وحدیثاً عدم الاعتبار، ویذکر فی وجهه: أنّ الغربه وإن وردت فی بعض الروایات قیداً بل ظاهر الآیه ذلک إلاّ انّه قید غالبی، فانّه لایحتاج فی تحمّل الشهاده فی غیر الغربه إلی الکافر، فلایمنع ذلک عن الأخذ بالاطلاق فی

....

الشَرح:

بعض الروايات، كما فى صحيحه ضريس المتقدمه.

بل يقال: إنّ مقتضى التعليل فى الروايات بأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد عدم الاعتبار، بل المعتبر عدم التمكن على المسلم العادل كان فى الحضرأو فى السفر، والمراد من المسلم العادل هو المتمكّن على اداء الشهاده عند الحاجه إليه، فلايفيد الظفر بمسلم عادل عند تحمّل الشهاده مع عدم تمكّنه على أدائها بعد ذلک ولو لذهابه إلى بلد لا يعرف.

وعن جماعه، كالشيخ فى ظاهرالمبسوط، وابن زهره فى ظاهرالغنيه، والاسكافى والحلبى فى صريحهما اعتبارها، وعلّل الاعتباربأنّه لا يمكن الأخذ بظاهرالتعليل لجريانه فى غير الوصيه، وإذا سقط الإطلاق فى التعليل يؤخذ بالقيد فى الروايات، وما عن المحقّق قدس سره فى الكتاب: ولا يشترط كون الموصى فى غربه وباعتبارها روايه مطرحه، من غرائب الكلام، فإنّ طرح ظهور الآيه وبعض الروايات فى اعتبارها مع عمل جمع من الفقهاء غير صحيح.

أقول: لو فرض عدم الاطلاق فى التعليل يبقى فى البين انّ القيد فى الآيه وبعض الروايات غالبى، لأنّ عدم التمكن على المسلم العادل يحصل فى الغربه والسفر، فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى صحيحه ضريس الكناسى، مع أنّه لم يعلم عدم الاطلاق فى التعليل، فإنّ المراد بالحق فى قوله عليه السلام : «لايصلح ذهاب حقّ أحد»، هو حقّ الوصيه، كمايقتضيه عطف: «ويبطل وصيته عليه».

وبالجمله: فالمتّبع هو الأخذ بالاطلاق، واللّه سبحانه هوالعالم.

الثانى: ذكر فى الجواهر أنّه لافرق فى شهاده الذمى بالوصيه مع فقد المسلم بين كونها بالمال أو الولايه أو بهما معاً، ويعبر عن الوصيه بالولايه الوصايه، و على الأوّل

....

الشَرح:

اتفاق، وهذا الكلام يشير إلى الخلاف فى الوصيه بالولايه، وقد نقل عن جماعه منهم الشهيد الثانى فى المسالک اختصاص الحكم بالوصيه بالمال، وقوفاً فيما خالف الأصل على المتيقن، وعن المحقق الأردبيلى قدس سره فى بعض الروايات اشاره إلى الاختصاص، ولعلّه أراد ما علّل به السماع، من أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

ولكن لا يخفى ما فى تعليل الشهيد الثانى وما ذكره الأردبيلى من الاشاره، فإنّ مقتضى الروايات باطلاقها سماع شهاده غير المسلم فى الوصيه مع عدم وجدان المسلم، من غير فرق بين كونها بالمال أو بالولايه، والوصايه أيضاً جعلها حقّ للمسلم، فلا يصلح ذهابها.

الثالث: المذكور فى كلمات كثير من الأصحاب كعباره الماتن قدس سره هو الذمّى، وبعضهم ذكر سماع شهاده أهل الكتاب، و هم اليهود والنصارى، وألحق بهما المجوس، أمّا لكونهم من أهل الكتاب أو لأنّهم ملحقون بهم فى الجزيه وغيرها.

وفى الروايات الوارده فى المقام، شهاده أهل الملل وشهاده من ليس بمسلم وشهاده الكافر وأهل الكتاب والذمى، وفى موثقه سماعه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه، فقال لا تجوز إلاّ على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد».(1)

وفى معتبره حمزه بن حمران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «ذَوَا عَدْلٍ مِنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ»(2) قال: فقال: اللذان منكم مسلمان، واللّذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين

1- (1) الوسائل: 18، الباب 40 من أبواب الشهادات، الحديث 3:287.

2- (2) سوره المائده: 106.

....

الشَرح:

ذمّيين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما».(1)

وفى صحيحه الحلبى قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام : هل تجوز شهاده أهل الذمّه على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حق أحد».(2)

والأظهر عدم اعتبار كون الكافر ذميّاً، بل يكفى كونه من أهل الملّه والكتاب، فإنّ الذمّى الوارد فى بعض الروايات قد فرض فى سؤال الراوى، كما فى موثقه سماعه وصحيحه الحلبى، فلا دلاله لمثلهما على الاعتبار. وتقييد الإطلاق فى غيرهما، ولكنّه ذكر قيداً فى معتبره حمزه بن حمران، وهى أيضاً لا تصلح لتقييد الإطلاق فى غيرها، لما تقدم من أنّ الموجود غالباً بين المسلمين وأراضيهم هو الكافر الذمّى، فذكره لملاحظه الغالب.

الرابع: ظاهر كلام الماتن قدس سره أنّه يعتبر فى سماع شهاده الذمّى بوصيه المسلم فقد عدلين مسلمين، وأنّه إذا لم يجد الموصى المسلم عند وصيته مسلمين عدلين يجوز الاشهاد بالذميين، فلاعبره فى جواز اشهادهما بالتمكن من المسلمين الفاسقين، ولكن المحكى عن العلامه فى التذكره انّه لو وجد مسلمين فاسقين فإن كان فسقهما بغير الكذب والخيانه أنّهما أولى من أهل الذمّه، ولوكان فسقهما يتضمّن الكذب والخيانه فالذمّى أولى، ولو وجد مسلمان مجهولى العداله، فهما أولى من شهود أهل الذمّه، ومال إليه فى المسالک على ما قيل.

أقول: المسلم غير المتحرز عن الكذب والخيانه يزيد على الكافر بشرف الإسلام،

1- (1) الوسائل: 13، الباب 20 من أحكام الوصايا، الحديث 7: 392، والآيه فى المائده: 106.
2- (2) المصدر نفسه: 18، الباب 40 من أبواب الشهادات، الحديث 1:287.

....

الشَرح:

والعدل فى الكافر ليس الاّ الأمانه والتحرز عن الكذب، وسائر ما يعمل به ويتركه على زعمه فى دينه، ولكن هذا لا ينافى تقديم هذا الكافر على المسلم المزبور فى مقام الشهاده، تحفظاً بكرامه مقامها وكرامه العدل، والعمده فى المقام دعوى ظهور بعض الروايات فى أنّه لا تصل النوبه إلى اشهاد الكافر إلاّ مع فقد المسلم.

و فى صحيحه هشام بن الحكم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: «إذا كان الرجل فى أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم جازت شهادَه من ليس بمسلم فى الوصيه».(1)

وفى موثقه سماعه: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه، قال: فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملتهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه».(2)

ولكن لا اطلاق فى هذه الروايات بالاضافه إلى المسلم الفاسق، خصوصاً فى صحيحه هشام الوارده فى السؤال عن المراد بالآيه المباركه، فانّها ناظره إلى بيان المراد من غيركم، وإنّه إنّماتصل النوبه إلى اشهاد الكافر مع عدم التمكن على اشهاد المسلم بالوصيه، مع التحفظ على سائر الشهاده ومنها العداله.

وبالجمله: لا يستفاد منها كفايه شهاده مسلمين فاسقين.

نعم، لايبعد سماع شهاده المسلم العدل مع كافر عدل، بحيث لايحتاج مع شهادتهما إلى الحلف من المدعى، والوجه فى ذلک: انّ المسلم العدل لا يقصر عن الكافر العدل جزماً، وليس فى سماع شهادته مع الكافر العدل خلاف التحفظ على كرامه مقام الشهاده لعدل المسلم.

ويبقى فى المقام ما ذكره الماتن قدس سره من ثبوت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البينه

....

الشَرح:

والاقرار، وقد ذكر فى المسالک: انّ كلاًّ من البينه ومعرفه الحاكم يستند إلى اقرار الشاهد لا محاله، لأنّ الإيمان أمر قلبى لا يمكن معرفته إلاّ باخبار الشخص بمعتقده، فالاقرار واسطه فى كل معرفه الحاكم وقيام البينه.

أقول: الإيمان المعتبر فى الشاهد وغيره وان كان أمراً قلبياً إلاّ أنّ له بروزاً بالآثار والعلامات، فيكون اطلاع الحاكم أو غيره من الشهود وغيرهم بالاطلاع بتلک الآثار والعلامات نظير احراز العداله، بناءً على أنّها ملكه الطاعات، فلايلزم أن يتوسط فى علم الحاكم أو البيّنه اقرار الشخص بإيمانه.

ويبقى فى البين سؤال الفرق بين اخبار شخص بعد له واخباره بمعتقده، بقبول الثانى دون الأوّل، ويمكن تصحيح التفرقه بدعوى جريان السيره من المتشرعه على المعامله مع المقر معامله المؤمن ما لم يظهر منه خلاف مقتضى اقراره، وهذه غير بعيده، ويؤيدها ما يدل على قبول دعوى الحربى كونه كتابياً.

لو رافع الكافر خصمه الكافر إلى القاضى بالحق المنصوب بالنصب العام أو الخاص، سواء أكان خصمه من أهل ملّته أم من غيره، فيعتبر فى الحكم بثبوت دعواه الإتيان من المسلمين بشاهدين عدلين، ولايكون غير ذلک مدركاً وبيّنه فى ثبوتها.

وفى الجواهر نسب عدم سماع شهاده الكافر ولو على الكافر إلى المشهور، ولكن المنسوب إلى ابنى الجنيد وادريس بل الأصحاب، كما فى المختلف، جواز شهاده أهل كلّ ملّه على أهل تلک الملّه.

ويدلّ على ذلک موثقه سماعه المتقدمه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده أهل الملّه، فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملّتهم»(1)، فى ذيلها: «فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لأنّه لايصلح ذهاب حق أحد»، ومقتضى ذيلها أنّه مع فقد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 40 من أبواب الشهادات، الحديث 4:287.

....

الشَرح:

الشاهد من أهل ملّته تقبل شهاده الكافر من غير ملّته فى الوصيه.

وبهذا يرفع اليد عن الاطلاق فى صحيحه الحلبى، قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام : هل تجوز شهاده أهل الذمّه على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهاده غيرهم لأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد»(1)، بل التعليل كما ذكرنا بنفسه قرينه على كون الصحيحه ناظره إلى الشهاده بالوصيه.

ويمكن ان يستدلّ على سماع شهاده أهل كلّ مله على أهل تلك الملّه بصحيحه ضريس الكناسى قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن شهاده أهل ملّه هل تجوز على رجل من غير أهل ملّتهم؟ قال: لا، إلاّ أن لايوجد فى تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه».(2)

فإنّ هذه الصحيحه وإن اشتملت على روايه الكلينى على لفظ مسلم فى قوله: «هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم»(3)، إلاّ أنّ قوله: «من غير أهل ملّتهم»، قرينه على زياده لفظ مسلم، ويظهر منها أنّ سماع شهاده أهل ملّه على أهل تلك الملّه كان مفروغاً عنه عند السائرين.

والمتحصل: أنّه لاوجه لرفع اليد عن الاطلاق فى موثقه سماعه وهكذا فى صحيحه ضريس على روايه الشيخ، أضف إلى ذلک ما تقدم من أنّ سماع شهاده أهل ملّه على أهل تلك الملّه مقتضى قاعده الإلزام، فما ذكره الماتن قدس سره من أنّ المنع أشبه لا يمكن المساعده عليه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 40 من أبواب الشهادات، الحديث 1:287.
2- (2) التهذيب 6: 253.
3- (3) الكافى7: 399.

الرابع: العداله.

إذ لاطمأنينه مع التظاهر بالفسق [1]، ولاريب فى زوالها بمواقعه الكبائر،

الشَرح:

[1] قد علّل قدس سره اعتبار العداله فى الشاهد بأنّه لا اطمئنان بشهاده من تظاهربالفسق، ومن الظاهر عدم اختصاص ذلک بالتظاهر، بل يجرى فى شهاده غير العادل، تظاهربفسقه أم لا.

وعلى أىّ حال: تعتبر العداله فى الشاهد بلاخلاف معروف أو منقول، وان يتراءى من بعض الكلمات، الخلاف فى معنى العداله: فانّه قد ذكرسبحانه فى تحمّل الشهاده بالوصيه اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، وإذا اعتبرت العداله فى الشاهد بالوصيه اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، وإذا اعتبرت العداله فى الشاهد بالوصيه، مع أنّ أمرها هيّن للتوسعه فيها، وعلّل ذلک بأنّه لا يصلح ذهاب حق الوصيه من المسلم أو من كل أحد، كان اعتبارها فى الشاهد بغيرها أولى.

وفى صحيحه عبداللّه بن أبى يعفور، «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام :بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؛ الحديث».(1)

وفى صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أميرالمؤمنين عليه السلام : لابأس بشهاده المملوک إذا كان عدلاً». (2)

وفى صحيحه عبدالرحمان بن أبى عبداللّه: «كان على عليه السلام إذا كان أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء وعددهم سواء، أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين».

وفى صحيحه(3) محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : انّ علياً عليه السلام قال: لا أقبل شهاده

1- (1) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 1:288.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 18 من أبواب الشهادات، الحديث 1:253.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 5 : 183.

كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه، وكذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو فى الأغلب، أمّا لو كان فى الندره، فقد قيل: لا يقدح لعدم الإنفكاک منها،

الشَرح:

الفاسق إلاّ على نفسه».(1)

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام مايردّ من الشهود؟ فقال: الظنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلک يدخل ذلک فى الظنين»(2)، إلى غير ذلک.

لا يقال: تعارض الروايات صحيحه حريز عن أبى عبداللّه عليه السلام فيأربعه شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعدّل منهم إثنان ولم يعدّل الآخران، فقال: «إذا كانوا أربعه من المسلمين ليس يعرفون بشهاده الزور أجيزت شهادتهم جميعاً وأقيم الحدّ على الذى شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالى أن يجيز شهادتهم إلاّ أن يكونوا معروفين بالفسق».(3)

حيث إنّ مقتضى هذه جواز سماع شهاده من لايعرف بالفسق، ولعلّ مقتضى الجمع بينها وبين ما تقدم حمل تلک الروايه على أنّ المراد بالعداله فى الشاهد عدم معلوميه فسقه.

ويقرب من صحيحه حريز ما رواه الصدوق باسناده عن العلاء بن سيابه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لايعرف بفسق».(4)

1- (1) المصدر نفسه :الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 7:291.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 30 من أبواب الشهادات، الحديث 1:274.
3- (3) المصدرنفسه:الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 18:293.
4- (4) الفقيه 3: 48، الوسائل 18، الباب 54 من أبواب الشهادات، الحديث 1:305، التهذيب 6:284.

إلاّ فيما يقلّ، فاشتراطه التزام للاشقّ، وقيل: يقدح لإمكان التدارک بالاستغفار، والأوّل أشبه.

الشَرح:

فإنّه يقال: الروايتان مع الغمض عمّا فى الثانيه من المناقشه فى سندها بعلاء بن سيابه وغيره، لايمكن الأخذ بهما، بل المتعين طرحهما فى مقام المعارضه، فإنّ الروايات المتقدمه موافقه للكتاب العزيز الدال على اعتبار العدل فى الشاهد بالوصيه، المقتضى اعتبارها فى غيره على ما تقدم.

وقد تقدم فى بحث القضاء ظهور عداله الشخص فى دينه استقامته وعدم ميله عن الوظائف المقرره له فى الشرع أو فى الملكه المقتضيه للاجتناب عن الكبائروترک الاصرار على الصغائر، وقد ذكر فى صحيحه عبداللّه بن أبى يعفور وغيرها طريقاً إلى احراز عداله الشخص المعبّر عنه بحسن الظاهر، فلاحظ صدر الصحيحه وذيلها.

وفى موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام : من عامل الناس فلم يظلمهم وحدّثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكملت مروّته وظهر عدله ووجبت اخوّته.(1)

ومن الظاهرأنّه لو كان المراد بالعداله عدم عرفان الشخص بالفسق، فلايحتاج إلاّ إلى احراز اسلامه وإيمانه، أى كونه اثنى عشرياً على ما تقدم فى اشتراط الإسلام والإيمان، وقد ذكر فى الروايات عدم كفايه إسلام الشخص فى قبول شهادته، بل يعتبر احراز الخير منه.

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لوكان الأمر إلينا لأجزنا شهاده الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس»(2)، وفى صحيحته

1- (1) الوسائل: 18، الباب 52 من أبواب العشره.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 8:291.

....

الشَرح:

الأُخرى: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده ثم يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلک خير جازت شهادتهما»(1)، وقد تقدم نقل الروايتين وغيرهما.

والمتحصّل: إنّه لاينبغى التأمّل فى اعتبارالعداله فى الشاهد، وقد تقدّم فى بحث القضاء انّ ظاهرالعداله استقامه الشخص فى دينه وعدم عدوله عن وظيفته الشرعيه.

وقد ذكروا انّ ارتكاب الكبيره تقطع العداله وكذا الصغيره مع الإصرار، والمراد بالإصرار تكرار الارتكاب بلا تداركه بالتوبه، سواءٌ كان تكراره تكرار ما ارتكبه أم عدم الاعتناء بالصغائر الأُخرى.

وفى موثقه سماعه قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا تستكثروا كثير الخير ولا تستقلّوا قليل الذنوب، فإنّ قليل الذنوب تجتمع حتى يكون كثيراً، وخافوا اللّه فى السرّ حتى تعطوا من أنفسكم النصف».(2)

وفى صحيحه زيد الشحام قال: «قال أبو عبداللّه عليه السلام : اتّقوا المحقرات من الذنوب فإنّها لا تغفر، قلت: وما المحقرات؟ قال: الرجل يذنب الذنب فيقول: طوبى لى ان لم يكن لى غير ذلک».(3)

وفى صحيحه أبى بصير قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا واللّه لايقبل اللّه شيئاً من طاعته على الإصرار على شىء من معاصيه».(4)

وفى روايه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لا صغيره مع الإصرار ولاكبيره

1- (1) المصدر نفسه :الباب 39 من أبواب الشهادات، الحديث 1:285.

2- (2) المصدرنفسه: 11، الباب 43 من أبواب جهاد النفس، الحديث 3و1: 245.
3- (3) الوسائل: 11، الباب 48 من أبواب جهادالنفس، الحديث 1و3:268.

....

الشَرح:

مع الاستغفار».(1)

بل ظاهر خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام انّ الاصرار يتحقّق أن يذنب الذنب ولايتوب، فانّه روى عن أبى جعفر عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ:«وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ» قال: «الإصرار أن يذنب الذنب فلايستغفر اللّه ولايحدث نفسه بالتوبه فذلک الاصرار».(2)

والحاصل: انّ المنسوب إلى المشهور قديماً وحديثاً انّ العداله لاتنقطع بارتكاب الصغيره بلا اصرار وتنقطع معه، وقيل: بانقطاعها مع عدم تداركها بالتوبه.

وذكر الماتن قدس سره إنّ ما عليه المشهور هو الأشبه، وذكر فى وجهه: انّه لو كان ارتكابها قادحاً لكان أمر الإشهاد بالدعوى واقامه البينه أمراً حرجيّاً، لعدم انفكاک الشخص عن ارتكاب الصغيره أحياناً إلاّ فيمايقلّ من حال أو زمان، وعن ابن ادريس قدحها فى العداله وتتدارک بالتوبه كالكبيره.

وردّه فى الجواهر بأنّ احراز التوبه يحتاج إلى زمان طويل، ونَقل عن العلاّمه بأنّ من شرط التوبه قصد عدم العود أبداً ولا يتحقق هذا القصد من الانسان غالباً، وفى صحيحه ابن أبى يعفور اقتصر على اجتناب الكبائر فى بيان العداله.(3)

أقول: كما ذكرنا ظاهر عداله الشخص استقامته فى دينه بالعمل بوظائفه وتركه المحذورات يعنى المحرّمات ، وتقسيم المعاصى بالكبيره والصغيره لايرجع إلى أمر العداله بل يرجع إلى مسأله وعد العفو بلا توبه بالاضافه إلى الجزاء بالعقاب، ولو فرض العلم بأنّ الشخص يرتكب فى غالب أحواله أو بعضها الصغيره، فهذا لا يمنع

1- (1) المصدر نفسه: الحديث 4: 268، والآيه فيآل عمران:135.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 1:288.

....

الشَرح:

عن قبول شهادته مع احتمال تداركها بالتوبه، حيث انّ حسن الظاهرطريق إلى عدالته فمجرّد احتمال توبته مع حسن الظاهر كافٍ فى قبول شهادته ولايحتاج إحراز عدالته إلى مضى زمان طويل.

وأمّا ما ذكره العلاّمه قدس سره من عدم تحقق التوبه غالباً لدخاله قصد عدم العود، فلا يمكن المساعده عليه، فإنّ التوبه عن ذنب تتحقق بالبناء فعلاً واقعاً على عدم العود، وعدم العلم بالعود مستقبلاً لا ينافى البناء الفعلى، ولا يتوقف على العلم بعدم العود، وما ذكر فى صحيحه ابن أبى يعفور غيرظاهر فى اعتبارالملكه المعروفه كما ذكرنا.

والحاصل: إذا كانت العداله هى الاستقامه فى الدين كما هو ظاهر العدل فى دينه، فالمعصيه ولو بارتكاب أىّ محرّم يوجب ارتفاعها وتعود بالتوبه عنه، فإنّ الارتكاب ميل عن الاستقامه والتوبه رجوع إليها.

نعم، لو كانت العداله الملكه الباعثه على ملازمه التقوى، من ترک المحرّمات وفعل الواجبات، فلا يقدح فيها مجرّد ارتكاب كبيره احياناً، حيث انّ الملكه تجتمع مع ذلک الارتكاب.

وبالجمله: تقسيم المعاصى إلى الكبيره والصغيره، بالإضافه إلى كون الاجتناب عن الأُولى مكفّره عن الثانيه مع عدم الإصرار، لا بالاضافه إلى عدم القدح فى العداله.

لا يقال: الالتزام بوجوب التوبه فى مطلق المعاصى وانّ المكلّف بها يرجع إلى الاستقامه، يناسب كون وجوبها مولويّاً، وأمّا إذا كان وجوبها ارشادياً وللتخلص من العقاب المحتمل المترتب على العصيان، يتعيّن الالتزام بعدم قدح الصغيره بلا إصرار بعداله الشخص فيما كان مجتنباً عن الكبيره وغير مصرّ على الصغيره، وظاهر ما ورد فى لزوم التوبه عن المعاصى والذنوب كون وجوبها ارشادياً، كما هو مقتضى أنّ جعل

....

الشَرح:

التوبه باباً من مقتضى رحمته على عباده، وظاهر ما ورد فيه: انّ العبد إذا لم يتب يكتب عليه بعد الإمهال السيّئه التى ارتكبها لاسيئتين.

وفى صحيحه عبدالصمد بن بشير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «العبد المؤمن إذا أذنب ذنباً أجّله اللّه سبع ساعات، فإن استغراللّه لم يكتب عليه شىء، وإن مضت الساعات ولم يستغفر كتب عليه سيئه.(1)

وفى موثقه مسعده بن صدقه عن أبى عبداللّه عليه السلام عن أبيه: «ما من مؤمن يذنب ذنباً إلاّ أجّله اللّه سبع ساعات من النهار، فإن تاب لم يكتب عليه شىء وإن هو لم يفعل كتب عليه سيئه».(1)

و على ذلک، فمع عدم كتابه الذنب لكون مرتكبه مجتنباً عن الكبائر وغير مصرّ على الصغائر، فلا يكون عليه توبه.

فإنّه يقال: نعم، التوبه كما ذكر، وظاهر بعض الروايات إنّ وجوبها ارشادى، ولكن هذا لاينافى ان تجب على مكلّف يكون مجتنباً عن الكبيره والإصرارعلى الصغيره، لأنّ النفس لا تدرى ماذا تكسب غداً، فلعلّه ابتلى بكبيره ولم يوفق بالتوبه عنها، ويلزم فى احراز كونه عدلاً فى دينه التوبه من صغيره ارتكبها، كما هو ظاهر الأمر بالتوبه من الذنوب والاستغفار عنها وإن كلّ ذنب عظيم.

ثمّ إنّ ظاهر صحيحه عبدالعظيم الحسني(3) وغيرها ممّا ورد فى تعيين الكبائر، أنّها معاصى مخصوصه وقد وعداللّه سبحانه فى كتابه العزيز، العفو عن عقوبه غيرها مع الاجتناب عنها وترک الإصرارعلى غيرها.

1- (2) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد النفس، الحديث 2:252.

و ربّما توهّم واهم: انّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلاّ مع الإحباط[1]، وهذا بالإعراض عنه حقيق، فإن اطلاقها بالنسبه، ولكل فريق اصطلاح.

الشَرح:

وفى صحيحه محمد بن أبى عمير المروى فى كتاب التوحيد قال: «سمعت موسى بن جعفر عليهماالسلام يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر إلى أن قال: قال النبىّ صلى الله عليه و آله : لا كبير مع الاستغفار ولاصغير مع الإصرار.(1)

وظاهر الإصرار على الصغيره الاستمرار عليها من غير أن يرتدع، وما فى روايه جابر(2) هو، أن يذنب فلا يستغفر اللّه ولايحدث نفسه بالتوبه الصادق مع عدم تكرارها، لايمكن الالتزام به، لضعفها سنداً ولاستلزامه عدم الفرق بين الصغيره والكبيره، ومع الغمض عن السند يحمل على عدم الارتداع بعد التكرار.

[1] وفى مقابل القول بتقسيم المعاصى إلى الكبائر والصغائر، قول بأنّ كل المعاصى كبيره واطلاق الصغيره على بعضها بالاضافه إلى بعضها الأُخر بحسب الوزر، وقول ثالث بأنّ اطلاق الصغيره على معصيه مبنى على الإحباط، فكل معصيه أحبطتها الطاعه فهى صغيره وكل طاعه أحبطها المعصيه فهى كبيره، ولايخفى ما فى كل من القولين لمخالفتهما لظاهر الآيه والروايات.

نعم، فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام الوارده فى القنوت فى صلاه الوتر: واستغفر لذنبک العظيم، ثمّ قال: وكل ذنب عظيم».

لكنها لاتنافى الآيه ولاسائر الروايات، لأنّ تقسيم المعاصى إلى الكبيره والصغيره بالاضافه إلى العفو عن عقوبتها الأُخرويّه بنحو الوعد، بمعنى انّ من مضى من الدار الغرور وليس عليه وزر الكبيره ووزر الإصرار على الصغائر من المؤمنين،

1- (1) المصدر نفسه :الباب 47 من أبواب جهاد النفس، الحديث 11:266.
2- (2) المصدر نفسه:الباب 85 من أبواب جهاد النفس، الحديث 4:268.

ولا يقدح فى العداله ترک المندوبات، ولو أصرّ مضرباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذن بالتهاون بالسنن[1].

الشَرح:

وعدهم اللّه سبحانه عفوه عن أوزار سائر معاصيه.

وأمّا بالاضافه إلى لزوم الاستغفار بعد الذنب فلاصغيره، بل على الانسان أن يرتدع ويتوب إلى بارئه ففى مقام الاستغفار كلّ ذنب عظيم كما مرّ.

بقيأمر، وهو: ان العفو عن أوزار الصغائر مع عدم الكبيره ومع عدم الإصرار بنحو الوعد، وأمّا العفو عن الكبائر والإصرارعلى الصغائر بلاتوبه فهو أمر يرجى ولاييأس من روح اللّه وغفرانه وتقع الشفاعه من أولياء اللّه من الأنبياء والرسل والأوصياء والشهداء والصالحين، وفى مقدمتهم نبينا الأكرم صلوات اللّه وسلامه عليه وأهل بيته المعصومين صلوات اللّه وسلامه عليهم أجمعين إلى أبد الآبدين اللّهم اجعلنا ممّن ينال رحمتک وشفاعتهم، آمين ياربّ العالمين.

وما ذكر من العفو فى الكبائر ولكن لا بنحو الوعد لا يجرى فى معصيه الشرک و الكفر، فإنّ اللّه سبحانه لا يغفر للمشرک والكافر إلاّ أن يتوب، قال عزّ من قائل:«إِنَّ اللّهَ لاَ يَغْفِرُ أَن يُشْرَکَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذلِکَ لِمَن يَشَاءُ».(1)

[1] العداله سواء قيل بأنّها الاستقامه فيأمر الدين وعدم الانحراف عن الوظائف الشرعيّه، أو بملكه الاجتناب عن المحرّمات والإتيان بالواجبات، لاتنافى ترک المستحبات وفعل المكروهات، لثبوت الترخيص حتى فيما كان بنحو الاستمرار والإصرار.

وقد قيّد ذلک فى كلمات جمله من الأصحاب بعدم البلوغ مرتبه التهاون، وفى

1- (1) النساء: 116.

....

الشَرح:

التقييد شىء من التأمّل ، فإنّه إن كان المراد التهاون العملى بمعنى عدم الاعتناء بامتثالها، فقد ذكرنا أنّه لا ينافيها، وإن كان بمعنى الاستخفاف، نظير ما ورد فى الاستخفاف بالصلاه فهو عباره أخرى عن التهاون العملى.

نعم، لو تضمن الاستخفاف نوع اعتراض وانكارللأمر بتلك الأفعال أو النهى بالمكروهات، فهو أمر آخر، أعاذنا اللّه من شرور النفس وآفات الغرور.

ثمّ إنّه قد ذكربعض الأصحاب إنّ ترک المروّه قادح بالعداله، ولم يتعرض الماتن قدس سره لذلک، ولعلّه لعدم كونه قادحاً عنده، وقد يفسّر المروه ان يسير الإنسان فى الناس بسيره أمثاله من رعايه الأدب والرسوم والاجتناب عمّا يشين عندهم، وكأنّ العداله يعتبر فيها مضافاً إلى ما تقدم لا يجعل الانسان نفسه بحيث يسخر و يضحک أو يشمئز منه.

ولكن لايخفى انّ الاعتبار ما لم يكن فى البين عنوان محرّم ينطبق على تركها لادليل عليه.

نعم، قد ورد فى بعض الأخبار الحث على المروه، ولكن المراد منها غير ما ذكر فى المقام، حيث انّ ظاهرها فيها حسن المعاشره مع الناس.

وقد ورد فى موثقه سماعه: «من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممّن كملت مروته وظهرت عدالته»(1)، فإنّ ظاهرها أن نفس ما ذكره فيها مروه وكاشف عن عداله الشخص.

وقد استدل فى الجواهر على اعتبار المروه بالمعنى المتقدم بفحوى ما ورد فى ردّ شهاده السائل بكفّه، وان تارک المروه يدخل فى الظنين، الوارد فى صحيحه عبداللّه ابن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 15:292.

وهنا مسائل:

الأولى: كل مخالف فى شىء من أُصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند فى ذلک إلى التقليد أو إلى الاجتهاد[1]، ولاتردّ شهاده المخالف فى الفروع من معتقدى الحق، إذا لم يخالف الاجماع، ولا يفسق و إن كان مخطئاً فى اجتهاده.

الشَرح:

سنان وغيرها(1) ردّ شهادته و شهاده المتهم.

أقول: الفحوى غير تام، فإنّ السائل الذيتردّ شهادته بلا خلاف ظاهر، من اتخذ السؤال حرفه كما هو المنصرف إليه من اطلاق السائل بالكف، ويقتضيه ما ورد فى صحيحه محمد بن مسلم من قوله عليه السلام : «أنّه لا يؤمن على الشهاده لأنّه ان أعطى رضى وان منع سخط»(2)، فيدخل هو فى الظنين، ولا يجريذلک فى ترک المروه، ولايدخل تاركها فى الظنين.

[1] ذكروا انّ المخالف فى الاعتقاديّات المعبّر عنها بالأُصول لا يعذر فلا تقبل شهادته، ولكن المخالفه فى الفروع مع الاعتقاد بالحق لا تقدح فى العداله فى غير المسلّمات أو موارد الإجماع.

قال فى المسالک ما حاصله: إنّ المراد بالمخالفه فى الأُصول المخالفه فى التوحيد والعدل والنبوّه والإمامه والمعاد، وأمّا فروعها من المعانى والأحوال وغيرهما من فروع علم الكلام فلاتكون المخالفه فيها موجبه للقدح فى العداله، فإنّ تلک المسائل ظنيه والاختلاف فيها بين علماء فرقه واحده كثير، وقد عدّ بعض العلماء جمله ممّا وقع الخلاف فيها بين السيد وشيخه المفيد قدّس سرّهما فبلغ نحواً من مائه مسأله، وأمّا المخالفه فى الفروع فهى لا تقدح فى العداله لأنّها مسائل اجتهاديه تبتنى على الأدلّه

1- (1) المصدر نفسه:الباب30 من أبواب الشهادات، الحديث 1:274.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 35 من أبواب الشهادات، الحديث 2:281.

الثانيه: لا تقبل شهاده القاذف [1]، ولو تاب قبلت، وحدّ التوبه أن يكذّب نفسه، وإن كان صادقاً ويورّى باطناً، وقيل: يكذّبها إن كان كاذباً، ويخطئها فى الملاء إن كان صادقاً،

الشَرح:

الظنيه، فما دام لم تكن المخالفه فيها من مخالفه اجماع المسلمين أو إجماع الإماميه بحيث يعلم من المجمع عليه قول المعصوم عليه السلام لتكون المخالفه ردّاً لهم، لا تقدح فى العداله.

أقول: فى كلّ ممّا ذكره فى الأُصول والفروع ما لايخفى، فإن طرح ظهور الآيه واخراجها على خلافه بالتأويل والرأى بلا شاهد معتبر تفسير لها بالرأى، فيكون قادحه فى عدالته للنهى، سواء تعلق الآيه بالأُصول أو بغيرها، وكذا طرح الروايات المعتبره بالاستحسان والقياس والفتوى على طبقهما.

[1] لا تقبل شهاده القاذف فيما إذا لم يثبت ما رمى الغير به بالبينه أو اقرار المقذوف أو باللعان، بلاخلاف معروف أو منقول، يقول اللّه سبحانه: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَهً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَهً أَبَداً وَأُولئِکَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذلِکَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»(1)، والمراد من المحصنات غير المشهورات بالزنا، فإنّ مقتضى الآيه وغيرها من الروايات أنّ مع عدم ثبوت ما رمى الغير به يكون عمله افتراءً محرّماً، فلا تقبل شهادته إلّا إذا تاب وأصلح، كما فى ذيل الآيه، وفى بعض الروايات حتى إذا تاب وعلم منه خير.

وفى صحيحه أبى الصباح الكنانى قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذّب نفسه، قلت: أرأيت إن أكذب نفسه وتاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم».(2)

1- (1) النور:5 4.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 36 من أبواب الشهادات، الحديث 1و3:282.

والأوّل مروّى، وفى اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردّد، والأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأنّ بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه، ولو أقام بينه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلاحدّ عليه ولاردّ.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أميرالمؤمنين عليه السلام : ليس يصيب أحد فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته».(1)

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع ممّا قال ويكذّب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإنّ على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلک».(2)

وفى معتبره القاسم بن سليمان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثمّ يتوب ولا يعلم منه إلاّ خير، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين اللّه ولا تقبل شهاده أبداً، فقال: بئس ما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب و لم يعلم منه إلاّ خير جازت شهادته».(3)

وبهذا يظهر الحال فى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على قال: «ليس أحد يصيب حداً فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته إلاّ القاذف، فإنّه لا تقبل شهادته انّ توبته فيما كان بينه وبين اللّه تعالى»(4)، فانّ هذه تحمل على التقيه، والتوبه المزبوره فى نفسها إصلاح ومع استمرارها لا يحتاج فى قبول شهادته إلى أمر آخر بقرينه المعتبره.

ثمّ إنّ التوبه فى القذف كما هو ظاهر صحيحه عبداللّه بن سنان إكذاب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، واعتبار إكذاب نفسه عند الإمام ظاهره لثبوت فسقه عنده، سواء

الثالثه: اللعب بآلات القمار كلّها حرام[1]، كالشطرنج والنرد والأربعه عشر وغير ذلک، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار.

الشَرح:

أجرى عليه الحدّ أم لا، فلا يعتبر مع عدم الثبوت عنده و لو لعدم مطالبه المقذوف بحقّه، فيكفى الإكذاب عند أناس سمعوا منه القذف أو بلغهم القذف.

ويكفى أيضاً فى الإكذاب أن يقصد الكذب فى الآيه الشريفه، بأن يقول: كذبت، وأراد الكذب فيها.

وما قيل من أنّه مع كذبه واقعاً يقول: كذبت، ومع صدقه يقول: أنا خاطئ لا أعود إلى ما قلت، لا يمكن المساعده عليه. بل فيه نوع إعاده للقذف، كما لايخفى.

[1] المشهور بين الأصحاب حرمه اللعب بآلات القمار ولو لم يكن اللعب بنحو القمار، بأن لايكون فى البين رهان ويكون اللعب لمجرد اللهو المعبّر عنه فى لغه الفرس ب(خوشى وسرگرمى)، أو يكون اللعب بلا رهان للحذق وتقويه الفكر، ويستدل على ذلک باطلاق النهى عن اللعب، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن اللعب بالشطرنج والنرد».(1)

وفى صحيحه حماد بن عيسى قال: «دخل رجل من البصريين على أبى الحسن الأوّل عليه السلام فقال له: جعلت فداک إنى أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر فقال: ما لک ولمجلس لا ينظر اللّه إلى أهله».(2)

فإنّ مقتضى الإطلاق فى المعتبره وترک الاستفصال فى الصحيحه عن الرهان وعدمه حرمه اللعب بهما.

وفى صحيحه معمر بن خلاّد عن أبى الحسن عليه السلام قال: «النرد والشطرنج وأربعه

1- (1) الوسائل: 12، الباب 102 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 9:238.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 102 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 1:240.

الرابعه: شارب المسكر تردّ شهادته[1] ويفسق، خمراً كان أو نبيذاً أو تبعاً أو منصفاً أو فضيخاً، ولو شرب منه قطره، وكذا الفقاع، وكذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار ولولم يسكر، إلاّ أن يغلى حتى يذهب ثلثاه، وأمّا غير العصير من التمر أو البسر، فالأصل أنّه حلال ما لم يسكر، ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.

الخامسه: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله[2] وتردّ شهادته،

الشَرح:

عشر بمنزله واحده، وكل ما قومر عليه فهو ميسر».(1)

وفى موثقه مسعده بن زياد عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سُئل عن الشطرنج فقال: «دعوا المجوسيه لأهلها لعنها اللّه».(2)

ومن البعيد جداً أن يسأل مسعده عن القمار بالشطرنج أو بغيرها.

وبالجمله: دعوى الإنصراف فى النهى إلى صوره الرهان فى اللعب بلا وجه، بل لا يحتمل ذلک فى بعضها ولو موهوماً.

نعم، يمكن دعوى أنّ النهى مع عدم الرهان بنحو الكراهه لا التحريم، و فى صحيحه على بن رئاب قال: «دخلت على أبى عبداللّه عليه السلام فقلت له:جعلت فداک ما تقول في الشطرنج؟ قال: المقلّب لها كالمقلّب لحم الخنزير، قلت: ما على من قلّب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده»(3)، فيمكن أن يدعى ظاهر هذه عدم حرمه مجرّد اللعب واللعب به كاللعب بلحم الخنزير، ولكنّه لا يخلو عن تأمّل.

[1] فإنّ شارب المسكر محكوم بالفسق ولاتقبل شهاده الفاسق، وكذا الأمر فى شارب الفقاع والعصير بعد غليانه بالنار أو بغيره ما لم يذهب ثلثاه وبقى ثلثه.

[2] ظاهر كلامه قدس سره إنّ الغناء من الكبائر وكذا الاستماع إليه، فيكون فاعله

1- (1) المصدرنفسه:الباب 104 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 1:242.
2- (2) الوسائل: 12، الباب 102 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 7:238.
3- (3) المصدرنفسه: الباب 103 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 3:240.

وكذا مستمعه، سواء استعمل فى شعر أو قرآن، ولا بأس بالحداء به، ويحرم من الشعر ما تضمن كذباً أو هجاء مؤمن أو تشبيباً بامرأه معروفه غير محلّله له، وما عداه مباح، والإكثار منه مكروه.

السادسه: الزمر والعود والصنج، وغير ذلک من آلات اللهو حرام[1] يفسق فاعله و مستمعه، ويكره الدف فى الأملاک و الختان خاصه.

الشَرح:

ومستمعه محكوماً عليه بالفسق بمجرّد الارتكاب، كما أنّ ظاهر كلامه أنّ الغناء اسم لكيفيه الصوت فى القراءه وتأديه الكلام، وتلک الكيفيه مدّ الصوت بحيث يشتمل على الترجيع وترديده فى الحلق، بحيث يكون ذلک المدّ بذلک الترجيع مطرباً، أى مقتضياً لحاله للنفس يعبّر عنها بطرب النفس وخفّتها، كما يجدها الإنسان فى نفسه بشده الحزن أو الفرح.

وحيث إنّ حصول تلک الحاله خصوصاً فى المستمع لا تكون بمجرّد الكيفيّه المزبوره، بل يعتبر فى حصولها حسن الصوت ونحوه، فيكون المراد كون تلک الكيفيه مقتضياً للطرب، فإنّه لا يحتمل أن يكون حسن الصوت ونحوه دخيلاً فى صدق الغناء.

وقد تكلّمنا فى المسأله فى المكاسب المحرمه من ارشاد الطالب بما فيه كفايه، فليراجع.

[1] ذكر قدس سره انّ استعمال آلات اللهو فى اللهو حرام يفسق فاعله ومستمعه، وهو كالغناء من المعاصى الكبيره، وقد نفى الخلاف عن حرمه كل من استعمالها و الاستماع إليه.

ويدلّ عليه معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات»(1)، وفى موثقه اسحاق بن جريرقال:

1- (1) الوسائل: 12، الباب 100 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 6و1:233.

السابعه: الحسد معصيه [1]، وكذا بغضه المؤمن، والتظاهر بذلک قادح فی العداله.

الشَرح:

«سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: انّ شیطاناً یقال له القفندر إذا ضرب فی منزل رجل اربعین صباحاً بالبربط ودخل الرجل وضع ذلک الشیطان کل عضو منه علی مثله من صاحب البیت ثمّ نفخ فیه نفخه فلا یغار بعدها حتی تؤتی نساؤه فلا یغار».(1)

إلی غیر ذلک من الروایات الکثیره المؤیّده للحرمه، لضعف اسنادها، إن لم یدعی الوثوق بصدور بعضهاعن المعصوم لکثرتها، أو یلحق بما یعتمد علیها هذا بالاضافه إلی الاستعمال.

وأمّا بالاضافه إلی الاستماع، ففی موثقه مسعده بن زیاد قال: «کنت عندأبی عبداللّه علیه السلام فقال له رجل: بأبی أنت وأُمّی إنی أدخل کنیفاً ولی جیران عندهم جوار یتغنّین ویضربن بالعود، فربّما أطلت الجلوس استماعاً منّی لهنّ، فقال: لاتفعل إلی أن قال: قم فاغتسل وصلّ ما بدالک فانّک کنت مقیماً علی أمر عظیم ما کان أسوأ حالک لومتّ علی ذلک احمد اللّه وسئله التوبه من کلّ مایکره فانّه لایکره إلاّ کلّ قبیح والقبیح دعه لأهله فإنّ لکلٍّ أهلاً».

وماذکر قدس سره من الاستثناء فی الأملاک والختان لا یمکن المساعده علیه، فإنّه لا موجب لرفع الید عن ما دلّ علی حرمه کلّ من الاستعمال والاستماع.

نعم، قد وقع الاستثناء بالاضافه إلی الغناء فی الأعراس، وبالاضافه إلی الحداء کلام ذکرناه فی ارشاد الطالب، والعجب من الماتن کره الدف فی الأملاک یعنی العرس والختان مع عدم دلیل علی التخصیص إلاّ فی الغناء کما مرّ.

[1] فی صحیحه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «أُصول الکفر ثلاثه: الحرص والاستکبار والحسد»(2)، وفی صحیحه محمد بن مسلم: «ان الحسد لیأکل الإیمان کما

1- (1) الوسائل: 12، الباب 100 من أبواب ما يكتسب به، الحديث 1 .
2- (2) الوسائل: 11، الباب 55 من أبواب جهاد النفس، الحديث 12 و 1 : 294.

الثامنه: لبس الحرير للرجال فى غير الحرب اختياراً محرّم[1] تردّ به الشهاده، وفى المتّكأ عليه والافتراش له تردّد، والجواز مرويّ، وكذا يحرم التختّم بالذهب والتحلّى به للرجال.

التاسعه: إتّخاذ الحَمَام للأنس، وانفاذ الكتب ليس بحرام، وان اتخذها للفرحه والتطيّر فهو مكروه، والرهان عليها قمار.

العاشره: لاتُردّ شهاده أحد من أرباب الصنائع المكروهه[2]، كالصياغه وبيع الرقيق، ولامن أرباب الصنائع الدنيّه كالحياكه والحجامه، ولو بلغت فى الدّناءه كالزبّال والوقّاد، لأن الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

الشَرح:

تأكل النار الحطب».(1)

وفى معتبره حمزه بن حمران عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ثلاثه لم ينج منها نبى فمن دونه: التفكر فى الوسوسه فى الخلق والطيره والحسد، إلاّ أنّ المؤمن لا يستعمل حسده».(2)

وبالجمله: استعمال الحسد باظهاره ببغض المؤمن وايذائه واهانته وغير ذلک محرّم قادح فى العداله، كما هو مقتضى ما ورد فى ذلک من الروايات الكثيره المتفرقه فى أبواب جهاد النفس والعشره.

[1] على ما ذكر التفصيل فى بحث لباس المصلى.

[2] لإطلاق ما دلّ على قبول شهاده العدل والأمر بالاستشهاد به، فإنّ الاشتغال والتكسّب بالصناعات المكروهه لا ينافى العداله، ومثله الاشتغال بالصنائع الدنيّه كالزبال والوقاد، ودعوى منافاتها للمروه مطلقاً أو فى بعض الناس لا يمكن المساعده عليها، لعدم اعتبار عدم ارتكاب خلاف المروه فى العداله على ما تقدم، مع انّ الاشتغال بما هو دنى عند الناس بحسب الكسب لايعتبر من خلافها.

1- (1) الوسائل: 11، الباب 55 من أبواب جهاد النفس، الحديث 12 .
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 8: 293.

الخامس: ارتفاع التهمه[1].

الشَرح:

[1] یعتبر فی سماع الشهاده ارتفاع التهمه فی شهاده الشاهد، والظاهر عدم الخلاف فی الاشتراط فی الجمله، وحیث إنّ مجرّد عود النفع إلی الشاهد بوجه لایوجب ردّ شهادته مطلقاً، تعرض الماتن قدس سره للموارد التی تکون التهمه موجبه لعدم السماع.

وعدّ منها شهاده الشریک فیما هو شریک فیه، کما إذا ادّعی أحد الشریکین علی آخر أنّه قد اشتری منه العین الفلانیه وأقام شریکه شاهداً بشراءه، ویشهد لذلک روایات، منها: موثقه سماعه قال: «سألته عمّا یردّ من الشهود، قال: المریب والخصم، والشریک، ودافع مغرم، والأجیر، والعبد والتابع والمتهم، کلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم».(1)

وظاهرها کون الشریک قسیماً للمتهم، ولم یقیّد عدم قبول شهاده الشریک فیما فیه الشرکه، ویمکن أن یدعی انصرافها إلی ذلک، نظیر عدم قبول شهاده العبد فإنّ شهادته لمولاه لاتقبل، ولکن اثبات الانصراف مشکل.

وعلی فرض الإطلاق یرفع الید عن اطلاقه بما رواه الصدوق قدس سره فی الصحیح عن أبان یعنی أبان بن عثمان قال: سئل أبوعبداللّه علیه السلام عن شریکین شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلاّ فی شیء له فیه نصیب»(2)، قد رواه الشیخ(3) قدس سره عن أبان عمّن أخبره عن أبی عبداللّه علیه السلام ، إلاّ أنّه لا یضرّ الإرسال بحسب نقله، حیث یمکن تعدد سماع أبان، بأن سمع الحکم من الإمام علیه السلام وقبله عمّن رواه عنه علیه السلام ، ونظیر ذلک غیر عزیز.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب الشهادات، الحدیث 3:278.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 27 من أبواب الشهادات، الحدیث 3:440.
3- (3) التهذیب 6: 246، الاستبصار3:15.

....

الشَرح:

وعلى ذلک کما یرفع الید بروایه أبان عن اطلاق ما ورد فی عدم قبول شهاده الشریک لشریکه کذلک یرفع الید عن اطلاق ما دلّ علی سماع شهاده الشریک لشریکه، کمعتبره عبدالرحمان یعنی عبدالرحمان بن أبی عبداللّه قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن ثلاثه شرکاء ادّعی واحد وشهد الإثنان، قال: یجوز»(1)، ولکن فی روایه الکلینی عن عبدالرحمان بن أبی عبداللّه قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن ثلاثه شرکاء شهد اثنان عن واحد قال: لا تجوز شهادتهما».(2)

وربّما یقال: إنّ الراوی عن عبدالرحمان بن أبی عبداللّه فی کلا السندین أبان ابن عثمان، ومع تعارض النقلین لا یعلم أنّ الروایه عبدالرحمان ما رواه کلینی أو الشیخ قدّس سرّهما .

أقول: اجمال هذین النقلین لا یضرّ بالحکم السابق لعدم ثبوت المعارض لصحیحه أبان المرویّه فی الفقیه، مع أنّه یحتمل ثبوت کلا النقلین عن عبدالرحمان لتعدّد سماعه عن الإمام علیه السلام ، ونظیره أیضاً فی روایاتنا موجود، ومعه یرفع الید عن اطلاق کلّ منهما بقرینه صحیحه أبان.

ثمّ إنّه قد یستدل علی عدم قبول شهاده الشریک لشریکه فیما هو شریک فیه و غیره ممّن یأتی ذکرهم بروایات:

منها: صحیحه عبداللّه بن سنان قال: «قلت لأبی عبداللّه علیه السلام مایردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنین والمتهم، قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلک یدخل فی الظنین».(3)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب الشهادات، الحدیث 4:272، التهذیب 6:246، الاستبصار3:15.
2- (2) الکافی7:394.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب الشهادات، الحدیث 1و5و3:274.

ويتحقق المقصود ببيان مسائل:

الأولى: لاتقبل شهاده من يجرّ بشهادته نفعاً: كالشريک فيما هو شريک فيه وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه[1]،

الشَرح:

ومنها صحيحه عبيد اللّه بن على الحلبى قال سئل ابو عبد اللّه عليه السلام عمّا يردّ من الشهود، فقال: الظنين والمتهم والخصم، قال، قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال هذا يدخل فى الظنين(1). وصحيحه ابى بصير قال سألت ابا عبد اللّه عليه السلام ما يردّ من الشهود؟ فقال: المتهم والظنين والخصم. (2)

بدعوى أنّ المراد بالظنين المتهم فى دينه، بقرينه إدخال الخائن والفاسق فيه، فيكون المراد بالمتهم المتهم فى الواقعه المرفوعه إلى القاضى، كالشريک فى شهادته فيما هو شريک فيه، وعطف الخصم على المتهم من قبيل عطف الخاص على العام، حيث إنّه يدخل أيضاً فى المتهم فى الواقعه.

وبالجمله: انّ عطف المتهم على الظنين أو بالعكس ليس من عطف التفسير، ولذا ذكر سلام الله عليه دخول الفاسق والخائن فى الظنين لا فى المتهم والظنين.

أقول: يمكن أن يكون المراد بالظنين المتهم فى دينه، ولذا يدخل فيه الفاسق والخائن، والمراد بالمتهم المتهم فى قوله، ولذا يجعل الخصم قسيماً له كالشريک، وقد ذكر المتهم فى مقابل المريب فى موثقه سماعه المتقدمه.

وبالجمله لم يحرز مع عدل الشريک دخوله فى المتهم وإنّمايحرز دخوله فى الخصم.

[1] إذا ادّعى المدين المحجور عليه على الغير مالاً، سواء كان ذلک المال عيناً بيد الغير أم ديناً بعهدته، وأقام المدّعى المحجور عليه من ديّانه شاهدا أو شاهدين بدعواه على ذلک الغير، فلا تسمع شهاده الديّان وإن كان الشاهد منهم عدلاً، والوجه فى عدم

والسيد لعبده المأذون[1]، والوصى فيما هو وصىّ فيه.

الشَرح:

السماع انّ الديّان فى الفرض يحسبون من خصوم المدعى عليه لتعلّق حقّهم بأموال المحجور عليه.

نعم، إذا لم يكن المدين محجوراً عليه و ادّعى على آخر المال، سواء كان عيناً أم ديناً فلابأس بأن يقيم المدين داينه شاهداً بدعواه، فإنّه تقبل شهادته بدعواه، حتى إذا كان المدين معسراً، فإنّ الدائن فى الفرض لا يتعلّق حقّه بمال المدين وإنّمايكون له المطالبه بدينه لابالمال الذى يدّعى المدين على الغير حتى فى صوره اعساره.

وبالجمله: فلا يدخل الدائن فى عنوان الخصم فى دعوى المدين على الغير حتى لا تقبل شهادته.

[1] والوجه فى عدم السماع أنّ مال العبد لمولاه أو أنّ للمولى الولايه فى ماله، فيكون مولاه خصماً فى دعواه على الغير.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى شهاده الوصى فيما هو وصى فيه، فإنّ الوصى فى الفرض يدّعى ثبوت حق الوصايه له فى ذلک المال.

وفى صحيحه محمد بن يحيى قال: «كتب محمد بن الحسن يعنى الصفّار إلى أبى محمد عليه السلام : هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخرعدل؟ فوقّع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين».(1)

فإنّه لو كانت شهاده الوصى مسموعه لم تكن حاجه إلى يمين المدعى نعم، قد ورد فى الصحيحه بعدذلک: «وكتب أيجوز للوصيأن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام :نعم وينبغى للوصيأن يشهد بالحق ولايكتم الشهاده».(2)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب الشهادات، الحديث 1:273.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب الشهادات، الحديث 1:273.

....

الشَرح:

ولذا يقال أنّه لو لم تكن شهاده الوصى مسموعه فلا موجب لأمره بالشهاده ونهيه عن ترک ادائها، فيكون المراد باليمين فى صدرها اليمين الاستظهارى حيث يقوم بها المدعى استحباباً مع اقامته البيّنه بدعواه، كما ورد فى وصايا علىّ عليه السلام لشريح، هذا بالاضافه إلى الشهاده للميت.

وأمّا إذا شهد الوصى على الميت فتسمع شهادته كما ورد فى ذيل الصحيحه: «وكتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: نعم من بعد يمين»(1)، وقد تقدم أنّ اليمين فى الدعوى على الميت لازم على المدعى مع اقامته البيّنه.

ولا يقاس هذا باليمين الوارده فى صدرها، فإنّ الوارده فى صدرها بناءً على قبول شهاده الوصى استحبابى وبناءً على عدم قبولها يثبت بها الدعوى منضماً إلى شهاده الواحد.

وبالجمله: الاستدلال بما فى صدرها من الأمر بضم اليمين على عدم قبول شهاده الوصى، ينافيه ما ورد فيها بعد ذلک من الأمر على الوصى بالشهاده للورثه الّذين فيهم الصغار والوصى المزبور هوالقابض لهم.

ويمكن دعوى أنّ الأمر بالشهاده والنهى عن الكتمان لا ينافى عدم قبولها، خصوصاً بأنّ التعبير وقع بلفظ ينبغى، الظاهر فى التجويزوالترغيب.

وذكر فى الجواهر انّه يمكن أن يقال بقبول شهاده الوصى للميت أيضاً فيما كان المدعى بعض ورثته، فإنّ المدعى به وهوالمال للميت وليس للوصى نصيب فيه وانّما يتعلّق به حق الوصايه بعد ثبوته، واليمين الوارده فى الصدر لا يدلّ على عدم اعتبار شهادته لينافى ما ورد فيها بعد ذلک، فإنّها يمين استظهاريه مستحبه مع ثبوت

وكذا لا تقبل شهاده من يستدفع بشهادته ضرراً[1]، كشهاده أحد العاقله بجرح شهود الجنايه، وكذا شهاده الوكيل والوصى بجَرح شهود المدعى على الموصى أوالموكّل.

الشَرح:

الدعوى بالبينه، أو يمكن أن يكون مدعى عليه للورثه ميتاً، فيكون على الوارث المدعى مع اقامه البيّنه ضم اليمين، فلا يدخل الوصى فى الخصم فى دعوى الوارث على شخص آخر، أو كان الأوصياء للميت متعددين وادّعى أحدهم على الآخر وشهد بدعواه الوصى الآخر، ونظير ذلک شهاده الوكيل لدعوى موكّله المال الذى على تقدير ثبوته يكون فيه للوكيل الوكاله، فإنّ ثبوت المال بشهاده الوكيل لايخلو من وجه، نعم، فى الموارد التى يعدّ الوصى أو الوكيل فيها مدعياً أيضاً فى الواقعه لا تقبل شهادتهما، كما أنّه ينبغى الجزم بقبول شهاده الوصى فيما إذا شهد بما لايرجع إلى ولايته، كما لو شهد للوارث بحق الشفعه و نحوه، وكذا فى شهاده الوكيل بما لايرجع إلى مورد وكالته.

أقول: إذا كانت المكاتبه بصدرها ظاهره فى عدم قبول شهاده الوصى، كما هو مقتضى اعتبار اليمين مع شهادته وشهاده عدل آخر، وانّ ما بعدها منافيه لما فى صدرها، تكون المكاتبه مجمله، فيرجع فى عدم قبول شهاده الوصى أو الوكيل فيما لهما حق الوصايه والوكاله إلى ما ورد من عدم قبول شهاده الخصم، فإنّ دعوى أنّهما ليسا من الخصم فى الدعوى كماترى، وإذا لم تكن شهادتهما فيما لهما حق الوصايه والوكاله يرجع إلى اطلاق ما دلّ على قبول شهاده العدل.

[1] لا تقبل شهاده من يدفع بشهادته الغرم عن نفسه، كشهاده أحد العاقله بجرح شهود الجنايه التى ديتها على العاقله، ونظير ذلک شهاده الوصيأو الوكيل بجرح شهود المدعى على الموصى والموكّل، فإنّ الوصى والوكيل يعدّ فى الدعوى على الموصى والموكل من الخصم.

ثمّ إنّه قد يقال من الشهاده التى لا تقبل أن يشهد الوارث بعد ما وقعت الجنايه على

....

الشَرح:

مورّثه، بأن فلاناً جرحه، سواء كانت الشهاده بعد موت موّرثه أو قبل موته، ولكن لم تندمل الجراحه ويحتمل سرايتها عاده، فانّ الشاهد فى الفرض مدّعٍ لنفسه القصاص أو الدّيه فيدخل فى الخصم، وهذا فيما إذا لم يستوعب دينَ الموّرث تركته إن قلنا بتعلّق حق الديّان بأعيان التركه.

وأمّا لو شهد الوارث بمال لمورّثه المجروح ولو بجراحه ساريه عاده، أو للموّرث المريض الذى يعلم موته، فإن لم يمت قبل الحكم فشهادته مسموعه، والفرق بين هذا وسابقه هو أنّ الشهاده فى الأوّل كانت من الادّعاء لنفسه بخلافها فى الثانى، فإنّه يشهد بالمال لموّرثه فتقبل.

أقول: فى كلا الأمرين تأمّل، فإنّ الشهاده فى الأوّل أيضاً بالاضافه إلى الديه من الشهاده بمال الميت، حيث انّ الديّه كما هو ظاهر الروايات من تركه الميت تسلّم كسائر ماله من الديون إلى ورثته، فمع كون المدعى على الغير هو المجنّى عليه فلا بأس بسماع شهاده الوارث قبل موته بأنّ فلاناً جرحه، هذا بالاضافه إلى الأوّل.

وأمّا بالاضافه إلى الثانى، فالظاهر سماع شهاده الوارث حتى فيما إذا مات الموّرث قبل الحكم، فإنّ مدرک القضاء هو الشهاده التى وقعت، وهى حال وقوعها كانت واجده لملاک القضاء بها، نظير ما إذا شهد العدلان ثمّ خرجا عن وصف العداله قبل الحكم أو ماتا قبله فجأه، ورجوع الشاهدين قبل الحكم عن شهادتهما مسأله أُخرى قد وردت فيها الروايات فيؤخذ فيها بما يستفاد منها.

وممّا تقدّم يظهر الوجه فى عدم سماع شهاده الوكيل أو الوصى فى جرح شهود المدعى على الموصى والموكّل ، فإنّ الوصى أو الوكيل فى الواقعه المرفوعه المدعى عليه فلا وجه لسماع شهادتهما فى دفع الدعوى عنهما، لدخولهما فى الخصم على ما تقدم.

الثانيه: العداوه الدينيّه لاتمنع القبول، فإنّ المسلم تقبل شهادته على الكافر، أمّا الدنيويّه فانّها تمنع[1]، سواء تضمّنت فسقاً أو لم تتضمن، وتتحقق العداوه بأن يُعلم من الشَرح:

[1] العداوه الدينيّه لا تمنع عن قبول الشهاده حيث تسمع شهاده المسلم على الكافر وشهاده المؤمن على المخالف.

وأمّا العداوه الدنيويّه فالمعروف أنّها تمنع عن قبولها بلاخلاف بل ادّعى عليه الإجماع، والمصرّح به فى كلام جماعه كالماتن قدس سره عدم الفرق بين كونها موجبه للفسق أم لا، ولذا يقال أنّها تمنع عن الشهاده على من يكون بينه وبين الشاهد عداوه ولا تمنع عن الشهاده له، وعلى ذلک ينبغى الكلام فى مقامين:

المقام الأوّل: فى وجه منع العداوه الدنيويّه عن قبول الشهاده مع عدم كونها موجبه للفسق: ويستدلّ على ذلک بدخول الشاهد معها فى عنوان الخصم، الذى قد ورد فى بعض الروايات المتقدّمه عدم قبول شهادته، فإنّه كماقيل: انّ المراد منه العدو.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ الخصم فى المقام من يكون طرفاً فى المخاصمه استقلالاً أو تبعاً، ولو لم يكن هذا معناه الظاهر فلا أقل من احتماله.

ويستدل أيضاً بالمروى فى معانى الأخبارقال: «قال النبى صلى الله عليه و آله : لا تجوز شهاده خائن ولاخائنه ولاذى غمز على أخيه»(1)، قال الصدوق قدس سره : الغمز الشحناء والعداوه.

وبمعتبره(2) السكونى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: «لا تقبل شهاده ذى شحناء أو ذى مخزيه فى الدين».(3)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب الشهادات، الحديث 8:279.
2- (2) معانى الاخبار: 208.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب الشهادات، الحديث 5:279.

حال أحدهم السرور بمساءه الآخر، والمساءه بسروره، أو يقع بينهما تقاذف، وكذا الشَرح:

وربّما يقال: انّ الكلينى روى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «انّ أميرالمؤمنين عليه السلام كان لا يقبل شهاده فحّاش ولاذى مخزيه فى الدين»(1)، ومن البعيد جدّاً أن يكون للسكونى روايتان قد سمعهما عن أبى عبداللّه عليه السلام ، بل الظاهر أنّهما روايه واحده، ولا يعلم أنّ ما رواه السكونى ما فى روايه الصدوق أو ما فى روايه الكلينى، ومعه لايمكن أن يحكم بعدم سماع الشهاده مع العداوه الدنيويه غير الموجبه للفسق.

أقول: مجرّد ورود ذى مخزيه فى الدين فى كلا النقلين لايدلّ على أنّهما روايه واحده، وظاهرالنقلين وقوعهما عن السكونى، وعليه فلا بأس بالالتزام بكون تلك العداوه مانعه عن قبول الشهاده، وروايه معانى الأخبار لإرسالها صالحه للتأييد فقط.

المقام الثانى: فى المراد من العداوه الدنيويه، وقد ذكر الماتن فى بيانها أن يسرّ أحدهما باصابه الآخر بالسوء أو يقع بينهما تقاذف.

وقد يقال: انّه لو كان المراد بالعداوه ما ذكر لكانت موجبه للفسق لحرمه الحسد وبغض المؤمن وقذفه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مجرّد السرور لا يمنع عن العداله ولا يكون اظهاراً للحسد، كما إذا كان المشهود عليه يؤذى الشاهد العدل دوماً ولذا يسرّ الشاهد اصابته بالمصيبه، وظاهر معتبره السكونى ومعانى الأخبار ثبوت الوصف فى الشاهد وأنّه تمنع عن قبول شهادته واظهار سروره أيضاً فى مثل ما ذكر فضلاً عن سروره الباطنى لايمنع العداله.

1- (1) الكافى7:356، الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب الشهادات، الحديث 1:277.

لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق، لتحقق التهمه[1]، أمّا لو شهد العدو لعدوّه قُبلت لانتفاء التهمه.

الشَرح:

فلاوجه للالتزام بأنّ ثبوت العداوه فى المدعى عليه أيضاً يمنع عن قبول شهاده الشاهد عليه وان لم تكن فى نفس الشاهد عداوه، وانّه على ذلک يصحّ لكلّ مدعى عليه ان يظهر عداوته بالاضافه إلى الشاهد عليه بسبّه وقذفه لتسقط شهادته عليه عن الاعتبار.

[1] ذكر قدس سره : انّه لا تسمع شهاده بعض رفقه الطريق لبعض الآخر على قاطع الطريق عليهم، بأن شهدا أنّهم أخذوا من فلان كذا، أو قالا أنّهم أخذوا منّا كذا ومنهم كذا، ويقال فى وجه عدم قبول شهادتهم بأنّ قطع الطريق عليهم يوجب العداوه بين القطّاع وبينهم.

ويدلّ عليه أيضاً روايه محمّد بن الصلت قال: «سألت أبالحسن الرضا عليه السلام عن رفقه كانوا فى طريق فقطع عليهم الطريق وأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لاتقبل شهادتهم إلاّ باقرار من اللصوص أو شهاده من غيرهم عليهم».(1) ولكن الروايه ضعيفه سنداً.

ولا بأس بالالتزام بسماع شهادتهم بالاضافه إلى الأخذ من الآخرين، كشهاده بعض الديّان لبعض الأخر فى دعواهم على المدين، وما تقدّم فى مانعيه العداوه الدنيويه لا يوجب عدم سماع شهاده بعض الرفقه فى الفرض، حيث إنّ ظاهرما تقدم العداوه غير الناشئه عن تعدى المشهود عليه فى نفس الواقعه المرفوعه إلى الحاكم كما لا يخفى، كما أنّ ظاهره شهاده ذى الشحناء بمقتضى مناسبه الحكم والموضوع الشهاده عليه، فلا يعمّ ما إذا كانت شهادته له.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب الشهادات، الحديث 2:272.

الثالثه: النسب وان قرب لايمنع قبول الشهاده[1]، كالأب لولده وعليه، والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه، وفى قبول شهاده الولد على والده خلاف والمنع أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلّق ببدنه، كالقصاص والحدّ.

الشَرح:

[1] لا خلاف فى أنّ النسب والقرابه بين الشاهد والمشهود له أو عليه لايمنع عن قبول شهادته، سواء كان النسب قريباً أم بعيداً، فتسمع شهاده الوالد لولده أو عليه، وشهاده الأخ لأخيه أو عليه.

ويشهد لذلک مضافاً إلى أنّه مقتضى الآيه المباركه وما ورد من الإطلاق فى قبول شهاده العدل، الروايات الخاصه كصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تجوز شهاده الولد لوالده والوالد لولده والأخ لأخيه».(1)

وصحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن شهاده الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه قال تجوز.(2)

وموثقه سماعه قال: سألته عن شهاده الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه قال: نعم»(3)، إلى غير ذلک.

وهذه الروايات وان كانت وارده فى الشهاده له إلاّ أنّها تدلّ على قبولها على القريب بالأولويه، نظير ما تقدم فى شهاده ذى الشحناء.

والمشهور كما قيل التزموا بعدم سماع شهاده الولد على والده ويستدل على ذلک بمرسله الفقيه، قال: «وفى خبرآخر: لا تقبل شهاده الولد على والده»(4)، ويضاف إليها ما فى الكتاب العزيز: «وَصَاحِبْهُمَا فِى الدُّنْيَا مَعْرُوفاً»(5)، بدعوى أنّ ردّ قول الولد وتكذيبه لا يدخل فى المعاشره بالمعروف بل هو عقوق يمنع عن قبول الشهاده،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 26 من أبواب الشهادات، الحديث 1و3و4:270.
2- (2) الفقيه 3:42

3- (3) لقمان:15.

....

الشَرح:

والمحكى عن المرتضى والاسكافى قبول شهادته على والده، وعن العلامه فى التحرير التردّد فى القبول، وعن الشهيد اختيار القبول لضعف الروايه.

ودعوى انجبارها بالشهره لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الشهره غير محققه وعلى تقديرها فيمكن أن يكون استناد بعضهم أو جلّهم إلى ما ذكر من كون الشهاده على الوالد عقوقاً ولايكون من مصاحبتهما بالمعروف.

وهذا الوجه أيضاً ضعيف، فانّ أداء الشهاده قيام بالعدل وتركها كتمان للشهاده للّه، يقول اللّه سبحانه: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ»(1)، ولاتكون الشهاده على الوالد عقوقاً بل هو احسان إليه وتصدى لتخلّصه من حقوق الناس فلاتكون منافيه لعدل الولد.

أضف إلى ذلک روايه داود بن الحصين قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: أقيموا الشهاده على الوالدين والولد، ولاتقيموها على الأخ فى الدين الضيّر، قلت: وما الضيّر؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذى يدّعيه قبله خلاف ما أمر اللّه به و رسوله، ومثل ذلک أن يكون لآخر على آخر دين وهو معسر، وقد أمر اللّه بانظاره حتى ييسر، فقال تعالى: «فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»(2) ويسألک أن تقيم الشهاده وأنت تعرفه بالعسر، فلايحلّ لک أن تقيم الشهاده فى حال العسر».(3) ولايبعد اعتبار الروايه سنداً، فإنّ ذبيان بن حكيم الأودى، على ما يظهر من ترجمه أخيه أحمد، من المعاريف والمشاهير من الرواه، حيث عرف أحمد بن يحيى ابن حكيم بانّه أخ ذبيان بن حكيم الأودى، ولا موجب لحملها على الشهاده بعد الموت، بقرينه الأمر بالمصاحبه المعروف، مع أنّ

1- (1) النساء:135.
2- (2) البقره: 280.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب الشهادات، الحديث 3:250.

وكذا تقبل شهاده الزوج لزوجته، والزوجه لزوجها[1] مع غيرها من أهل العداله، ومنهم من شرط فى الزوج الضميمه كالزوجه، ولاوجه له، ولعل الفرق إنّما هولاختصاص الشَرح:

مقتضاه عدم قبول شهاده الولد على والدته أيضاً.

ثمّ إنّه نسب إلى الشيخ قدس سره أنّه يعتبر فى قبول الشهاده مع النسب القريب انضمام شاهد أجنبى، ويستدلّ على ذلک بمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عليهماالسلام : «انّ شهاده الأخ تجوز إذا كان مرضياً ومعه شاهد آخر».(1)

ولكن لايخفى بانّ مدلولها عدم كفايه الشاهد الواحد فى ثبوت الدعوى، فيعتبر انضمام شاهد آخر، سواءٌ كان الآخر قريباً كالولد والعم أم أجنبياً، نعم يرفع اليد عن إطلاقها بالاضافه إلى دعوى المال.

[1] تقبل شهاده الزوج لزوجته والزوجه لزوجها بلا خلاف ظاهر، وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تجوز شهاده الرجل لإمرأته والمرأه لزوجها إذا كان معها غيرها».(2)

وصحيحه عمّار بن مروان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لإمرأته، قال: إذاكان خيراً (نسخه آخر) جازت شهادته معه لامرأته»(3)، وكلمه معه قرينه على أنّ الصحيح إذا كان آخر.

وفى موثقه سماعه قال: «سألته عن شهاده الرجل لامرأته، قال: نعم، والمرأه لزوجها؟ قال: لا، إلاّ أن يكون معها غيرها».(4)

وعن جماعه من القدماء اعتبار انضمام الآخر إلى شهاده الزوج لزوجته، كما هو الحال فى قبول شهاده الزوجه لزوجها، وعن جماعه التفرقه بين شهاده الزوج

1- (1) المصدر نفسه: الباب 26 من أبواب الشهادات، الحديث 5:271.
2- (2) الوسائل :18، الباب 25 من أبواب الشهادات، الحديث 1و2و3:296.

شهاده الزوج لزوجته وبالعكس

الزوج بمزيد القوه فى المزاج من أن تجذبه دواعى الرغبه، والفائده تظهر، لو شهد فيما يقبل فيه شهاده الواحد مع اليمين وتظهر الفائده فى الزوجه، لو شهدت لزوجها فى الوصيّه وتقبل شهاده الصديق لصديقه، وان تاكدت بينهما الصّحبه والملاطفه، لأنّ العداله تمنع التسامح.

الشَرح:

فلايعتبر الانضمام وشهاده الزوجه فيعتبر الانضمام، كما هو ظاهر الماتن قدس سره.

واستظهروا التفرقه من صحيحه الحلبى وموثقه سماعه، وفى عباره الماتن انّ الفرق لاحتمال انّ للزوج قوه مزاج تمنعه دواعى الرغبه لزوجته مع عدله ان لايذكر الحق، بخلاف الزوجه، فإنّه ليس لها القوه بهذه المرتبه حتى مع عدلها.

ولكن الأظهر عدم الفرق بين الزوج والزوجه فيمايثبت بشهاده الرجال وبشهاده النساء، وانّ الاكتفاء بشهاده الزوج من غير انضمام إنّما هو فى شهادته بالمال لها، وأمّا فى الشهاده بغيره ممّا يعتبر فيه البيّنه فيعتبر الإنضمام، ولعلّ ما فى صحيحه عمّار بن مروان ناظر إلى جميع الدعاوى والصحيحه والموثقه إلى دعوى المال، وهذا بخلاف شهاده الزوجه، فإنّ شهاده المرأه الواحده بلا انضمام امرأه أخرى لا يثبت شيئاً إلاّ فى شهادتها بالوصيه بالمال، حيث يثبت بشهادتها منفرده ربع المال، كما يأتى.

وأمّا ما ذكره الماتن فى وجه الفرق فهو كما ترى.

ثمّ إنّ الروايات فى المقام و فيما تقدم من شهاده الأب والولد والأخ، كلّها ناظره إلى الشهاده للآخر، غير ما ذكرنا فى شهاده الولد على والده، فإن تمّ ما ذكرنا فى شهاده القريب نسباً، من أنّ تجويز الشهاده وسماعها للمشهود له بالفحوى يدلّ على السماع فى المشهود عليه فهو، وإلاّ يؤخذ فى سماع شهاده القريب على القريب وفى شهاده كلّ من الزوج والزوجه على الآخر بالإطلاق الدال على اعتبار شهاده العدل، وذكر سماع الشهاده للآخر لا يقتضى التقييد فى الاطلاق المزبور، لكون الشهاده من القريب أو الزوج أو الزوجه من قبيل الشهاده للآخر غالباً.

ص :475

الرابعه: لا تقبل شهاده السائل فی کفّه [1]، لأنّه یسخط إذا منع، ولأنّ ذلک یأذن بمهانه النفس، فلایؤمن علی المال، ولو کان ذلک مع الضروره نادراً، لم یقدح فی شهادته.

الشَرح:

[1] لا تقبل شهاده السائل بکفّه، ویشهد له صحیحه علی بن جعفر عن أخیه أبی الحسن موسی علیه السلام قال: «سألته عن السائل الذییسأل بکفّه هل تقبل شهادته؟ فقال: کان أبی لا یقبل شهادته إذا سأل فی کفّه».(1)

وموثقه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «ردّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله شهاده السائل الذی یسأل فی کفّه، قال أبوجعفر علیه السلام : لأنّه لایؤمن علی الشهاده، وذلک لأنّه إن أعطی رضی وان منع سخط».(2)

وظاهر هذه إنّ الوصف الغالبی للسائلین بکفّهم الموجب لعدم الوثوق بشهادتهم هو الموجب لعدم اعتبار الشارع شهاده السائل بالکف حتی فیما کان سائل بکفّه علی خلاف الوصف المزبور، وظاهر السائل بالکفّ من یتصدّی السؤال لأخذ المال بنفسه، بحیث یکون هذا النحو من السؤال حرفه له، یأخذ کل ما یعطی ولو بمال قلیل، فلا یعم من یسأل ویأخذ المال بالواسطه أو یرسل المال إلیه أو یسأل اتفاقاً لضروره تطرأ، من غیر أن یصیر السؤال حرفه له.

وفی المسالک تبعاً للتحریر والدروس انّه فی حکم السائل بالکف الطفیلی، والمراد به من یحضر الطعام من غیر دعوه ولکن فی الإلحاق تأمّل بل منع، لعدم صدق عنوان السائل بالکفّ علیه، وما ورد فی موثقه محمّد بن مسلم مع کونه من قبیل الحکمه کما ذکرنا لا یجری فی الطفیلی ثمّ إنّه قد ذکر فی الجواهر: أنّ ظاهرما ورد فی عدم قبول شهاده السائل بکفّه ان السؤال بالکف غیر محرّم فضلاً عن السؤال بغیرها، فإنّه لو کان السؤال بالکفّ فی نفسه محرّماً لذکر علیه السلام فی تعلیل عدم سماع شهادته أنّه فاسق.

الخامسه: تقبل شهاده الأجير والضيف، وإن كان لهما ميل إلى المشهود له [1]، لكن يرفع التهمه تمسّكهما بالأمانه.

الشَرح:

اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ السؤال عند ضروره السائل غير محرّم، فيحمل فعل المسلم على الصحّه، فبمجرّد سؤال شخص بالكفّ مع إمكان كونه لضروره لايحكم بفسقه، وعلى ذلک فالسائل بكفّه وإن كان على ظاهر العداله إلاّ أنّه لا تقبل شهادته لما تقدم من بعض الروايات، وإذا لم نقل بحرمه السؤال ولو من غير ضروره فالسؤال بالكف لا ينافى العداله الواقعيّه، حتى فيما إذا ذكر أو احرز أنّه غنى لا يحتاج فعلاً إلى المال الذى يسأل به الناس، ولكن مع ذلک لا تقبل شهادته.

ولكن المغروس فى الأذهان حرمه السؤال فى هذا الفرض، والنصوص الوارده فى النهى عن سؤال الناس مستفيضه، ولكن أكثرها محموله على مراتب الأولياء، وهو الغناء عن الناس والالتجاء إلى ربّ العالمين ويعمّ بعضها النهى عن مثل السئوال عن بعض جلسائه الماء لشربه، وبعضها محموله على صوره التدليس باظهار الحاجه والفقر ليحصل بالمال من الناس، عكس الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من تعفّفهم، وأمّا حرمه مجرّد السؤال من حيث كونه سؤالاً فلم يظهر عليه دليل ولا يحضرنى كلام منقح فيه للأصحاب. انتهى.

أقول: السؤال من غير ضروره وإن يكون عملاً مذموماً حتى فيما إذا لم يكن من قبيل السؤال بالمال، إلاّ أنّه لا دليل على حرمته حتّى فيما إذا كان بصوره التدليس فيما إذا لم يتضمن الكذب أو محرّماً آخر، والثابت من الارتكاز هو المذموميه دون الحرمه، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] المشهور أنّه تقبل شهاده الأجير والضيف مع عدلهما للمستأجر والمضيف، وقيل: إنّه ولو كان لهما ميل قلبى بالاضافه إلى المشهود لهما إلاّ أنّ الاتهام عنهما فى

....

الشَرح:

شهادتهما يرتفع بتمسّكهما بالأمانه فى الشهاده التى من لوازم العداله أو تدخل فيها.

نعم، نسب المنع عن قبول شهاده الأجير للمستأجر إلى جماعه من المتقدمين والمتأخرين، فيما إذا كانت شهادته قبل مفارقه مستأجره ويدلّ على السماع بالاضافه إلى شهاده الضيف.

مضافاً إلى الاطلاق فيما دلّ على اعتبارشهاده العدل، موثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لابأس بشهاده الضيف إذا كان عفيفاً صائناً قال ويكره شهاده الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره، ولا بأس به له بعد مفارقته».(1)

وأمّا الأجير فالأظهر عدم قبول شهادته لمستأجره ما دام أجيراً له ولم يفارقه، أخذاً بظاهر الموثقه، فإنّ الكراهه فيها بمعنى عدم النفوذ، حيث لا معنى للكراهه المصطلحه فى اداء الشهاده ، فإنّ مع الاعتبار يجب الأخذ بها و وجب عليه اداءها ومع عدم اعتبارها لايجوز القضاء بها، وحملها على تحمل الشهاده خلاف ظاهر الموثقه.

وفى صحيحه صفوان عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن رجل أشهد اجيره على شهاده ثم فارقه، أتجوز شهادته له بعد أن فارقه؟ قال: نعم، وكذلک العبد إذا اعتق جازت شهادته»(2)، وتنظيره شهاده الأجير بعد مفارقه مستأجره بشهاده العبد بعد عتقه، ظاهره عدم نفوذ الشهاده مادام لم يفارق المستأجر.

ويشهد لذلک أيضاً موثقه سماعه الوارده فيمن لا تقبل شهادتهم حيث عدّ منهم الأجير، فيرفع اليد عن اطلاقها بالموثقه والصحيحه الدالتين على قبول شهاده الأجير بعد مفارقه مستأجره، وكما يدل الموثقه على قبول شهادته لغير مستأجره قبل المفارقه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب الشهادات، الحديث 3:274.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب الشهادات، الحديث 1:274.

لواحق هذا الباب وهى سته:

الأولى: الصغير والكافر والفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال المانع عنهم، فأقاموا تلک الشهاده قُبلت لاستكمال شرائط القبول [1]، ولو أقامها أحدهم فى حال المانع فردّت ثمّ أعادها بعد زوال المانع، قُبلت وكذا العبد لو ردّت شهادته على مولاه، ثمّ أعادها الشَرح:

وبعدها، وظاهرالأجيرمايعمّ الأجير على عمل لا خصوص ما يؤجر جميع أعماله وظاهر المفارقه انتهاء أمد الإجاره.

نعم، يمكن أن يكون المراد بالتابع الذى ورد مع الأجير فى موثقه سماعه فيمن تردّ شهادتهم شاملاً للأجير بالإضافه إلى جميع منافعه، كمايدخل فيه من يدخل فى عائله الانسان بتبرع جميع اعماله له، فيؤخذ بظاهرها فى كل من الأجير والتابع بعد تقييد الأوّل بما قبل مفارقته، ثمّ إنّ ماتقدم لا يعمّ شهاده المستأجرلموجره فيؤخذ فى شهادته بالإطلاق الوارد فى اعتبار شهاده العدل.

[1] ذكر قدس سره انّ ماتقدم من شروط الشاهد والأوصاف المعتبره فيه معتبره فى الشاهد فى اداء شهادته، فلا تقبل الشهاده بدونها فى مقام الأداء، وأمّا عند تحمّلها فلايعتبر فى المتحمّل شىء منها، فلو تحمل الصبى الشهاده وكان فى مقام ادائها بالغاً جامعاً للشرائط تقبل شهادته، وكذلک الكافر والفاسق المحرز فسقه، كل ذلک لظهور ما دلّ على ردّ الشهاده وعدم قبولها فى كون الشاهد فى مقام الاداء والاستناد فى القضاء عند شهادته ممن ذكر.

أضف إلى ذلک ما ورد فى خصوص الصبى والكافر والعبد والأجير، وفى صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الذمّى والعبد يشهدان على شهاده ثمّ يسلم الذمّى ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا اشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم

بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردّت ثمّ مات الأب وأعادها، أمّا الفاسق المستتر، إذا أقام فردّت ثمّ تاب وأعادها، فهنا تهمه الحرص على دفع الشبهه عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبه القبول.

الشَرح:

منهما بعد ذلک خير جازت شهادتهما».(1)

وربّما يقال: إنّه ينافى ذلک صحيحه جميل قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن نصرانى اشهد على شهاده ثمّ أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: لا».(2)

ولكن لايخفى انّ مقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحه محمد بن مسلم، حمل الأولى بما إذا لم يكن يعلم منه خيراً بأن لم يثبت عدله، كما هو مقتضى الجمع بين الإطلاق والتقييد فى سائر المقامات، وأمّا آيه الأمر بالإستشهاد من ذوى العدل، فذكر العدل فى الشاهدين عند التحمّل لا لإحراز وجود المثبت لمقام الاداء، بل لما تقدم من أن تحمل الشاهدين العدلين شرط فى صحّه الطلاق، نعم الأمر كما ذكر فى آيه الوصيه.

وذكر أيضاً قدس سره أنّه لو شهد الشاهد مع فقد الشرط فردّت شهادته ثمّ أعاد تلک الشهاده بعد زوال المانع تقبل شهادته، كما إذا أوقف المدّعى دعواه فيما إذا لم يتمكّن على اثباتها لردّ شهاده بعض شهوده ثمّ أعادها ثانياً وشهد له من كان فاقداً لشرط القبول فى شهادته أوّلاً، كل ذلک أيضاً لما دلّ على نفوذ القضاء بالبيّنه أو بشاهد ويمين.

وعلى ذلک، فلو شهد العبد على مولاه أوالولد على والده، بناءً على عدم قبول شهادتهما، ثمّ اعتق العبد أو مات الأب وشهدا على مولاه أو على أبيه فتقبل شهادتهما، وإن كانت مسبوقه بالردّ، ومقتضى الإطلاق فى بعض الكلمات عدم الفرق فى عدم قبول شهاده العبد بين أن تكون شهادته على مولاه أو له، وعلى هذا القول أيضاً ربّما يقال بسماع شهادته بعد عتقه حتّى إذا كان الداعى إلى عتقه قبول شهادته بعده.

....

الشَرح:

ولكن يظهر من معتبره السكونى أنّه إذا ردّت شهاده العبد قبل عتقه فلا تقبل تلك الشهاده منه بعد عتقه، وانّ العتق لغرض سماع شهادته لا يوجب قبول شهادته.

فإنّه روى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام : «إنّ شهاده الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا أشهد على شهاده ثمّ اعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال عليه السلام : إن اعتق العبد لموضع الشهاده لم تجز شهادته».

قال الصدوق قدس سره (1) بعد نقل الحديث: قال مصنف هذا الكتاب: أمّا قوله عليه السلام : إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، فإنّه يعنى به أن يردّها لفسق ظاهر أو حال يجرح عدالته، لا لأنّه عبد، لأنّ شهاده العبد جائزه وأوّل من ردّ شهاده المملوک عمر، وأمّا قوله عليه السلام : ان أُعتق العبد لموضع الشهاده لم تجز شهادته، كأنّه يعنى إذا كان شاهداً لسيده، فأمّا إذا كان شاهداً لغير سيده جازت شهادته عبداً كان أو معتقاً إذا كان عدلاً.(2)

فظاهر كلامه قدس سره التزامه بأنّ شهاده العبد لمولاه غير نافذه حتى إذا اعتق لتلك الغايه، وما ذكر فى تفسير إذا لم يردها الحاكم، خلاف ظاهر المعتبره، بل ظاهرها أن ردّ شهاده العبد أوّلاً يوجب عدم سماع إعادتها بعد عتقه، والعمل بالمعتبره فى كلا الموردين متعيّن، إلاّ أنّه يأتى أنّ المعتبره أيضاً بالإضافه إلى ما ورد فيها من ردّ شهاده العبد محموله على التقيه.

وذكر قدس سره أيضاً أنّ الفاسق المستتر بفسقه إذا ردّت شهادته بالجرح ممّن شهد بباطن أمره ثمّ تاب هذا المستتر، فإن شهد بشهاده أُخرى تقبل شهادته بلا اشكال ولاخلاف،

1- (1) الفقيه 3:45، الوسائل: 18، الباب 22 من أبواب الشهادات، الحديث 13:257.
2- (2) الفقيه3:45.

الثانيه: قيل: لا تقبل شهاده المملوک أصلاً[1]، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلاّ على مولاه، ومنهم من عکس، والأشهر القبول إلاّ على المولى، ولو أعتق، قُبلت شهادته

الشَرح:

ولکن لو أعاد الشهاده السابقه فقد يقال فى اعادتها تهمه، بأنّ الداعى له إلى اصلاح ظاهره اعاده تلک الشهاده ليدفع عن نفسه عار الکذب فى تلک الواقعه، وهذا لا يجرى فى حق الفاسق المتجاهر بفسقه لعدم مبالاته فى ذلک الزمان ولا غضاضه عليه فى ردّ شهادته فى السابق.

ولکن هذا کماترى لا يوجب رفع اليد عمّا دلّ على اعتبار شهاده العدل وکونها مدرک القضاء.

[1] يقع الکلام فى شهاده المملوک لغير مولاه وعلى غير مولاه، وفى شهادته لمولاه وعليه.

فإنّه قيل: لا تقبل شهادته مطلقاً، وهذا هو المنسوب إلى أکثر العامه، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلاّ على مولاه، وقيل: لا تقبل إلاّ على مولاه، وظاهر الماتن الاشاره إلى ذلک، حيث قال: ومنهم من عکس الأمر.

وقبول شهادته إلاّ على مولاه هو المنسوب إلى أکثر الأصحاب، منهم الشيخ والمفيد والمرتضى والقاضى وابن إدريس، وقيل: تقبل شهادته على مثله وعلى الکافر دون المسلم الحرّ، وينسب ذلک إلى ابن الجنيد، ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار و رعايه بعض الوجوه وسيظهر حالها.

ويدل على قبول شهاده المملوک وعدم کون الرقيه مانعه عن قبولها صحيحه عبدالرحمان بن الحجاج عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلاً».(1)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب الشهادات، الحديث 1:253.

على مولاه، وكذا حكم المدبّر والمكاتب المشروط، وأمّا المطلق، إذا أدّى من مكاتبته شيئاً، قال فى النهايه: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، وفيه تردّد، أقربه المنع.

الشَرح:

وفى صحيحته الأُخرى عن أبى جعفر عليه السلام الوارده فى قضيه درع طلحه حيث ورد فيها: «ثم اتيتک بقنبر فشهد أنّها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره، فقلت: هذا مملوک وما بأس بشهاده المملوک إذا كان عدلاً»(1)، ومعتبره بريد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن المملوک تجوز شهادته؟ قال: نعم، انّ أوّل من ردّ شهاده المملوک لفلان».(2)

ونحوها معتبره محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى شهاده المملوک إذا كان عدلاً فإنّه جائز الشهاده، إنّ أوّل من ردّشهاده المملوک عمر بن الخطاب، وذلک أنّه تقدم إليه مملوک فى شهاده، فقال إن أقمت الشّهاده تخوّفت على نفسى، وإن كتمتها أثمت بربّى، فقال: هات شهادتک أما إنّا لا نجيز شهاده مملوک بعدک».(3)

وهذه الروايات باطلاقاتها تقتضى كون شهاده المملوک كشهاده الحر، فتقبل إذا كان عدلاً.

والتعبير بالمعتبره فى الأخيرتين لوقوع قاسم بن عروه فى سندهما، وهو وإن لم يوثّق إلاّ أنّه من المعاريف الّذين لم يرد فيهم ذم وقدح.

وفى مقابلها ما يدلّ على عدم قبول شهاده المملوک، كموثقه سماعه الوارده فى جمله من لا تقبل شهادتهم، حيث قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال: المريب والخصم والشريک ودافع مغرم والأجير والعبد»(4)، وصحيحه الحلبى عن أبى

1- (1)المصدر نفسه: الباب 14، من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6:194.
2- (2) المصدر نفسه :الباب 23 من أبواب الشهادات، الحديث 2:253.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب الشهادات، الحديث 3:253.
4- (4) المصدرنفسه: الباب 32 من أبواب الشهادات، الحديث 3:278.

....

الشَرح:

عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن شهاده ولد الزنا فقال: لا ولا عبد». (1)

ودعوى أنّه يمكن الجمع بينها بتقييد الطائفه الثانيه بما فى الأولى، من تقييد السماع بما إذا كان المملوک عدلاً، ومع المعارضه الترجيح مع الطّائفه الأولي، لموافقتها لمثل قوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ»(2)، لايمكن المساعده عليها، وأنّه لابدّ من الإغماض عن الجمع المزبور.

والوجه فى الإغماض هو ظهور موثقه سماعه فى انّ العناوين الوارده فيها انطباقها على الشخص يمنع عن قبول شهادته، وكما أنّ الخصم والشريک و دافع مغرم مع عدلهم لا تقبل شهادتهم، فكذلک العبد وللفاسق من العبد داخل فى المريب، كما تقدم.

وما ذكر من أنّ ما دلّ على قبول شهاده العبد موافق للكتاب العزيز يناقش فيه، بأنّه قد ورد فى تفسير العسكرى عليه السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: «كنّا عند رسول اللّه صلى الله عليه و آله وهو يذاكرنا بقوله سبحانه: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ» قال: أحراركم دون عبيدكم». (3)

ولكن يدفع المناقشه بأنّه لم يثبت كون التفسير المزبور للإمام عليه السلام ليؤخذ به، ومع الإغماض فما دلّ على قبول شهاده العبد مخالف لما عليه أكثر العامه أوجلّهم.

وفى البين روايات قد ورد فيها التفصيل فى قبول شهاده العبد، فإن تمّ هذه الروايات وخلت عن المعارض يمكن أن تكون شاهد جمع بين الطائفتين.

منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «تجوز شهاده المملوک من

1- (1) المصدرنفسه:الباب 31 من أبواب الشهادات، الحديث 6:277.
2- (2) البقره:282.
3- (3) البقره:282.

....

الشَرح:

أهل القبله على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوک لا تجوز شهادته».(1)

وفی صحیحه جمیل قال: «سألت أباعبداللّه علیه السلام عن المکاتب تجوز شهادته؟ قال: فی القتل وحده».(2)

وکلّ منهما معارض بما ورد فی قضیه درع طلحه، وقد ذکرنا انّ الترجیح مع ما ورد فی قبول شهادته.

وفی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «تجوز شهاده العبد المسلم علی الحرّ المسلم»(3)، ولکن ذکر فی الوسائل:وفی نسخه لا یجوز.

وفی موثقه ابن أبی یعفورعن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن الرجل المملوک المسلم تجوزشهادته لغیر مواله؟ قال: تجوز فی الدّین والشیءالیسیر».(4)

ولم یعهد العمل بمضمونها من أحد من أصحابنا، وقیل: انّها تناسب أقوال العامّه.

نعم، ظاهرها انّ عدم قبول شهاده العبد لمولاه کان مفروغاً عنه عند السائل، ولا یبعد أن یقال: إنّ هذا ینافی ما ورد فی قضیه درع طلحه، نعم نسب إلی أکثر أصحابنا التزامهم بعدم سماع شهاده المملوک علی مولاه.

وربّما یقال فی الاستدلال علیه الإجماع الذی ذکره ابن ادریس و حکی عن الانتصار والغنیه، وبقیاس العبد بالولد، فانّه کما لاتسمع شهاده الولد علی أبیه کذلک شهاده العبد علی مولاه، فإنّ وجوب اطاعه العبد أولی من وجوب اطاعه الوالد علی ولده.

ولکن شیئاً من الاجماع والوجه المزبور لا یتم، وقد نسب السماع إلی جماعه، وقیاس العبد بالولد مع ما فی المقیس علیه کما تقدم سابقاً لا یخرج عن القیاس الظنّی.

....

الشَرح:

والعمده فى المقام ما ذكر، من أنّ اقرار العبد على نفسه غير مسموع، لأنّه فى الحقيقه اقرار على مولاه، وإذا لم يقبل على مولاه فلا تقبل شهادته عليه أيضاً لعدم المائز بين الإقرار على المولى والشهاده عليه.

وفيه أيضاً، أنّه يعتبر الإقرار على النفس حتى إذا كان المقرّ على نفسه فاسقاً، ولذا ورد فى بعض الروايات: لا تقبل شهاده الفاسق إلاّ على نفسه، وأيضاً لا يعتبر فى سماع الإقرار ونفوذه عدم كونه تبرّعياً بخلاف الشهاده، فإنّه يعتبر فى نفوذها عدل الشاهد وعدم كون شهادته تبرعيه بأن تقع بعد المطالبه عند المشهور، ولا منافاه بين عدم نفوذ اقرار العبد فيما كان اقراره على مولاه وقبول شهادته عليه مع وجدان شرائط الشهاده بأن لايكون من أطراف الدعوى.

وقد يستظهر جواز شهاده العبد على مولاه من صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى رجل مات وترک جاريه ومملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين وولدت الجاريه غلاماً فشهدا بعد العتق إنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجاريه وأنّ الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما ويردّ ان عبداً كما كانا»(1)، بدعوى انّ الأخ للميت كان مولاهما وقد سمعت شهادتهما عليه.

وفيه: أنّ الشهاده وقعت بعد عتقهما منه، بل قد يقال: ظاهرها عدم قبول شهاده العبد على مولاه، وإنّما يجوز شهادته له حيث فرض أنّ شهادتهما كانت على مولاهما الذى ورثهما فى ظاهر الواقع بعد عتقهما، فيكون التقييد دالاً على عدم قبول شهادتهما قبل العتق.

ولكن لايخفى انّ التقييد وقع فى السؤال ولادلاله له على عدم السماع قبل العتق،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب الشهادات، الحديث7:255.

....

الشَرح:

غايته انّ السائل كان معتقداً أو العبدين كانا معتقدين بأنّ شهادتهما لا تسمع إلاّ بعد عتقهما مطلقاً أو على مولاهما.

بقى فى المقام أمران: أحدهما: أنّه قد تقدم صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «تجوز شهاده المملوک من أهل القبله على أهل الكتاب»(1)، ولكن رواها الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهماالسلام قال: «تجوز شهاده المملوک من أهل القبله على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوک لا تجوز شهادته»(2)، وهذا الذيل غير وارد فى روايه الصدوق وفى تكرار قال: على روايه الشيخ، احتمال أنّها من قبيل الجمع بين المرويين فى الروايه، فلا يكون فى صدرها ظهور فى عدم قبول شهاده المملوک من أهل القبله على المسلمين فإنّه يدخل فى مفهوم اللقب.

وقد تقدم ما ورد فى قبول شهاده المسلم على أهل الكتاب، فيكون ما فى صدرها من هذا القبيل، وأمّا ذيلها فمن الروايات الوارده فى عدم قبول شهاده المملوک، فتحمل على التقيه كما تقدم.

والثانى: انّه لو قيل بعدم قبول شهاده المملوک مطلقاً أو على مولاه، فقد ذكروا انّه لو اعتق العبد تقبل شهادته ولو على مولاه من غير خلاف يعرف، وعن كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، ولأنّه بالعتق يخرج ممّا دل على عدم قبول شهاده المملوک مطلقاً أو على مولاه، ويدخل فى شهاده العدل.

وقد تقدم فى صحيحه صفوان عن أبى الحسن عليه السلام : «سألته عن رجل أشهد أجيره

1- (1) المصدر نفسه: الحديث 4:254.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 10:256، التهذيب 6:250.

الثالثه: إذا سمع الاقرار صار شاهداً، وان لم يستدعه المشهود عليه [1]، وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والاجاره والنكاح وغيره، وكذا لو شاهد الغصب أو الجنايه، وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً، وكذا لو خُبی ء فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

الشَرح:

على شهاده ثم فارقه أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم وكذلک العبد إذا أُعتق جازت شهادته».(1)

ولكن تقدم أيضاً فی موثقه السكونی عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «إنّ شهاده الصبيان إذا شهدوا، وهم صغار جازت إذا كبروا مالم ينسوها، وكذلک اليهودی والنصرانی إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا شهد بشهاده ثم أُعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال على عليه السلام إذا أُعتق لموضع الشهاده لم تجز شهادته».(2)

وبما أنّ هذه أخص، مثل صحيحه صفوان، فلامجال إلاّ لرفع اليد عن اطلاق الصحيحه، بحملها على عدم العتق لغرض سماع شهادته وعدم مسبوقيه الشهاده المزبوره بالردّ حال رقيّته.

[1] لا يعتبر فی سماع الشهاده فی مقام أدائها كون تحمّلها بالاستدعاء والدعوه إلى التحمل، ولو كان المشهود به من قبيل المسموعات كالإقرار والعقود والايقاعات يكفی فی الشهاده بها سماعها، وفيما لو كان من المرئيات كالغصب والسرقه والجنايه يكفی فی الشهاده بها رؤيتها، حتى لو قيل له: لا تتحمّلها، فإنّه لو تحمّلها ولو بالإختباء فی مكان يسمع كلامهما أو يرى فعلهما تسمع شهادته بها، هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، نعم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب الشهادات، الحديث 1:273.
2- (2) المصدر نفسه:الباب 23 من أبواب الشهادات، الحديث 13:256، التهذيب 6:250.

....

الشَرح:

ينسب الخلاف إلى ابن الجنيد فى مسأله تحمل الشهاده بالاختباء، وانّه إذا خدع الشاهد المشهود عليه فستر نفسه عنه فلاتسمع شهادته عليه فى مقام الأداء، ولعلّه كما قيل: انّ التحمّل كذلک يكون كالمتبرع بشهادته فى الحرص على الأداء الموجب للاتهام المانع عن قبول الشهاده.

ولايخفى ما فيه، فإنّ عدم قبول شهاده المتبرع بشهادته مسأله أُخرى يأتى الكلام فيها، وعلى تقدير الالتزام بعدم القبول فيها فلا يرتبط بمسأله الحرص بالتحمل، حيث يمكن أن يكون الداعى له إلى التحمل أمراً آخر، مع بنائه أن لايشهد فى مقام الاداء إلاّ مع المطالبه.

وبالجمله: فلا موجب لرفع اليد عن اطلاق ما دل على قبول شهاده العدل والقضاء بالبينه إلاّ فى موارد ثبت فيها أحد العناوين المتقدّمه الوارده فى الروايات عدم سماع شهادتهم وانطباقه على الشاهد فى مقام الاداء، فالأخذ بالإطلاق المشار إليه هوالعمده فى المقام.

وأمّا التمسک فى عدم اعتبار الاستدعاء إلى التحمل بقوله سبحانه: «إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ»(1)، فلا يمكن استظهار نفوذ الشهاده مطلقاً، فإنّ غايته وجوب اداء الشهاده مع العلم، نظير قوله سبحانه: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا»(2)، فى أنّ المستفاد منه النفوذ فى الجمله، لعدم كونه فى بيان الحكم الوضعى، وعن سلاّر والحلبى أنّه لو كان تحمّل الشهاده بغير الاستدعاء، فلا يجب على المتحمّل ادائها، بخلاف ما إذا كان تحمّلها بالاستدعاء فإنّه يجب عليه الإجابه إلى الاداء، ويستفاد من بعض الروايات.

كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم

1- (1) الزخرف:86.
2- (2) البقره:282.

....

الشَرح:

يشهد عليها فهو بالخيار، ان شاء شهد وإن شاء سكت».(1)

ومثلها صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أشهد لم يكن إلاّ أن يشهد».(1)

وفى صحيحه أُخرى لمحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت»(3)، ولعلها عين الأُولى بسند آخر.

وفى روايه محمد بن مسلم قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهاده على ما سمع منهما؟ قال: ذلک إليه إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه وإن لم يشهد فلا شىء لأنّهما لم يشهداه».(4)

وقد حمل هذه الروايات على صوره عدم توقف ثبوت الحق على شهادته لوجود شاهد آخر أو غيره.

وقد ذكر فى الجواهر تعين هذا الحمل كما يومى إلى ذلک موثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلاّ إذا علم مَن الظالم فيشهد، ولايحل له إلاّ أن يشهد»(5)، ولعل مراده قدس سره بالايماء نحو ظهورها فى وقوع الظلم والتعدى لو لا شهادته.

وأيد ذلک أيضاً بخبر ابن أشيم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانه طالق، وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم: اشهدوا، أيقع الطلاق

1- (2) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب الشهادات، الحديث 4:232.

الرابعه: التبرع بالشهاده قبل السؤال، يطرق التهمه فيمنع القبول[1] ، أمّا فى حقوق اللّه، أو الشهاده للمصالح العامّه فلايمنع، إذ لامدعى لها، وفيه تردّد.

الشَرح:

عليها؟ قال: نعم هذه شهاده أفيتركها معلّقه، قال: وقال الصادق عليه السلام : العلم شهاده إذا كان صاحبه مظلوماً»(1)، وكأنّ المراد إنّه لايجوز ابقاء المرأه كالمعلّقه، كما لا يجوز ترک الشهاده مع مظلوميه صاحب الحق، فعلى العالم بالواقعه أن يشهد بها.

أقول: ظاهر الموثقه انّ على الشاهد على واقعه وإن لم يستشهد أن يشهد على الظالم، فيها سواء توقّف دفع الظلم على شهادته أم لا، وبما أنّ هذه الموثقه أخص من الأخبار المتقدمه يرفع اليد عن إطلاقاتها.

ودعوى أنّ المراد بالظالم هو المتعدى بحسب الواقع ولو كان عند عذر لجهله ونسيانه، لا يمكن المساعده عليه، وروايه على بن أحمد بن أشيم ظاهرها كفايه السماع فى الطلاق المشروط بحضور العدلين وأنّه لا يجوز لبعلهابعد ذلک ابقائها كالمعلّقه.

[1] المنسوب إلى المشهور انّه لا تسمع شهاده المتبرّع بشهادته فى مجلس القضاء، بل يعتبر فى سماعها أن تكون شهادته بعد سؤال الحاكم ومطالبته.

ويستدل على ذلک بأنّ التبرع فى الشهاده يوجب التهمه فيدخل الشاهد فى المتهم المعدود فيمن تردّ شهادتهم، وبروايات نبويّه من غير طرقنا.

منها: ما عن النبى صلى الله عليه و آله : «ثمّ يجىءقوم يعطون الشهاده قبل أن يسألوها».(2)

ومنها: ما عنه صلى الله عليه و آله : «ثمّ يفشوالكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد».(3)

ومنها: عنه صلى الله عليه و آله : «تقوم الساعه على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا».(4)

1- (1) المصدر نفسه: الحديث 8و9:232.
2- (2) مسند أحمد 4: 426.
3- (3) سنن ابن ماجه2:64.
4- (4) دعائم الإسلام 2:506.

....

الشَرح:

مع ما ورد من: «أنّها تقوم على شرار الخلق».(1)

بناءً على أنّ المراد بالأخيرين أيضاً اداء الشهاده قبل المطالبه لا أداؤها من غير أن يتحمّلها.

أقول: أمّا الروايات فلا يمكن الاعتماد على شىء منها لضعف اسنادها، بل معارضتها بما روى عنه صلى الله عليه و آله قوله: «ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول اللّه قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد»(2)، بناءً على أنّ المراد منه ما يعمّ مقام اداء الشهاده لا خصوص تحمل الشهاده.

ودعوى انجبار ضعف اسنادها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها، فإنّ فى المشهور كالماتن من علّل عدم السماع بطرو التهمه ولم يستند إلى شىء منها.

وأمّا دعوى طروء التهمه فلا يمكن المساعده عليها أيضاً، فإنّ المراد بالمتهم فى صحيحه عبداللّه بن سنان من لم يعلم حاله من حيث العدل والفسق، أو من يكون متهماً فى أقواله ككثير الخطأ، وقد تقدم سماع شهاده الزوج لزوجته وكذا الصديق لصديقه والأخ لأخيه والولد لوالده إلى غير ذلک.

وبالجمله: الشاهد مع عدالته وثقته كما هو المفروض فى المقام لا يدخل فى المتهم حتى إذا ما بادر إلى الشهاده لوصول ذى الحق إلى حقه.

والعجب ممن ردّ شهاده المتبرع للتهمه ذكر سماع الشهاده المزبوره منه فيما لو كرّرها بعد السؤال عنه فى مجلس آخر أو حتى فى ذلک المجلس بعد سؤال الحاكم.

وعن ظاهر الأردبيلى: أنّ التبرع لا يوجب ردّ الشهاده، وعن السبزوارى الميل إليه، واختاره صاحب المستند ونسبه إلى ابن ادريس.

1- (1) البحار6:18، صحيح مسلم 6:54.
2- (2) سنن البيهقى10:159 مع اختلاف يسير.

الخامسه: المشهور بالفسق إذا تاب، لتُقبل شهادته، الوجه أنّها لاتقبل[1] حتی یُستبان استمراره علی الفلاح، وقال الشیخ: یجوز أن یقول: تب أَقْبَلُ شهادتک.

الشَرح:

وعلی ذلک فالأظهر الأخذ بما دل اعتبار البینه ونفوذ القضاء بها، ولو فرض فی البین اجماع فالمتیقن منه عدم الاکتفاء بها بل علیه تکرارها بعد سؤال الحاکم.

هذا کلّه بالاضافه إلی الدعاوی بین المترافعین، وأمّا فی الشهاده بحقوق اللّه کحدوده والمصالح العامه کالأوقاف العامه والطرق النافذه و والخانات ونحوها، فالمشهور علی ما قیل سماع شهاده المتبرع فی شهادته، ولکن المحکی عن الشیخ فی النهایه عدم السماع مع ما یقال من أنّ نهایته متون الأخبار و مضامینها، نعم وافق فی المبسوط المشهور.

وربّما یستدل علی السماع فیما ذکر بأنّه لو لم تسمع شهاده المتبرع فیها تتعطّل تلک الحقوق حیث لا یکون مدعٍ خاص فیها، وفی کشف اللثام جریان ذلک فی المصالح العامه أیضاً، حیثُ إنّ المصلحه علی تقدیر شمولها للعدول تکون الشهاده بها دعوی فلا تسمع، ولو توقف سماعها علی دعوی غیرهم من العدول یکون ذلک بلامرجح، بل یلزم الدور لتوقف سماع شهادتهم علی دعوی غیرهم وثبوت دعوی غیرهم علی اعتبار شهادتهم.

أقول: لا یخفی ما فی الاستدلال علی الاعتبار بما ذکر، فالصحیح الأخذ بما ورد فی ثبوت الحد وتعلّقه بالشهادات، علی ما یأتی فی بحث الحدود، والأخذ فی المصالح العامه بما دلّ علی اعتبار البیّنه و شهاده العدلین.

[1] ذکر قدس سره أنّ المشهور بالفسق إذا تاب وکانت الغایه من توبته قبول شهادته فالوجه عدم قبول التوبه، بمعنی أنّ هذه لیست کافیه فی دخوله فی العدل فلا تقبل شهادته حتی یظهر استمراره علی الصلاح، وحکی عن الشیخ قدس سره أنّه یجوز للحاکم أن یقول للمشهور بالفسق: تب من معاصیک أو معصیتک أقبل شهادتک.

....

الشَرح:

ويستظهر من هذا الكلام أنّه لو أظهر الفاسق المزبور التوبه و لو فى مجلس الحكم لتُقبل شهادته قُبلت، ولذا استشكل فيه بأنّه لا موجب لقبول اظهاره التوبه لاسيّما التوبه التى كان غرضه منها قبول شهادته.

وذكر فى الجواهر ما ملخّصه: انّ التوبه وهى الندم على ما فعل من الذنب والبناء على تركه فيما يأتى فيما وقعت امتثالاً لأمر اللّه سبحانه بها تكون توبه حقيقه، فإنّ التوبه من العباده وإذا كان الموجب لقبول شهادته التوبه حقيقه فلم تحصل، بل يمكن دعوى انّ الواقع معصيه أُخرى لتركه التوبه الواجبه بنحوالعباده.

وحكى عن التجريد للطوسى قدس سره انّه يعتبر فى التوبه ترک الذنب لقبحه شرعاً كمايعتبر فيه ترک جميع المعاصى التى كان ارتكبها، ولا يكفى أن تقع عن بعضها، وقال: إنّ الثانى فى حصول التوبه غير معتبر، وأنّه تصح التوبه بالاضافه إلى ما قد ندم عنه وتركه، وان رجع ترک الذنب لقبحه إلى ما ذكرنا فهو صحيح وإلاّ فالأقوى خلافه.

ثمّ تعرّض لما حكاه الماتن عن الشيخ، فذكر أنّ كلامه ناظر إلى أنّ الشاهد إذا أظهر التوبه حقيقه يقبل قوله حملاً لاظهاره على الصحه، ولكن أورد عليه بأنّ الحمل على الصحه يجرى فى الأفعال كالبيع والنكاح والصلاه إلى غير ذلک.

وأمّا الأُمور القلبيه التى منها التوبه على ما تقدم من أنّها ندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً، فلا يعتبر فيها اخبار الفاعل، بل لابدّ من احرازها بالآثار الكاشفه عنها، والأثر مداومه الشخص على الصلاح بحيث يوثق بحصول التوبه منه، كما ذكروا نظير ذلک فى العداله بمعنى الملكه.

أقول: ما ذكره قدس سره من عدم كفايه قوله أنّه تائب عن ذنبه أو ذنوبه، أو أنّه يتوب فعلاً فى احراز عدله صحيح، لأنّ التوبه وإن كانت أمراً قلبياً إلاّ أنّها كالعداله ذات آثار

....

الشَرح:

محسوسه تحرز بتلک الأثار، وهی الاستمرار علی الفلاح، إلاّ أنّ ما ذکره أخیراً، من أنّ التوبه من الواجب التعبدی النفسی، لایمکن المساعده علیه، حیث تقدّم أنّ وجوبها ارشادیلا یکتب علی تارکها إلاّ ما ارتکبه من الذنب لاذنب آخر، وإلاّ استمر تعداد الذنوب فی الزیاده، لکون وجوبها فوریاً بنحو الفور فالفور.

وبالجمله: التوبه وهی الندم علی ما وقع والبناء علی عدم تکراره أمر واقعی یدخل الشخص بحصولها فی نفسه بالاضافه إلی جمیع ما صدر عنه من المعاصی فی عنوان العدل، إلاّ أنّ مجرّد إخباره أو إظهاره الندم والبناء لا یعتبر فی کشفها.

نعم لایبعد أن یقال: بأنّه یعتبر فی وقوعها مکفّره حصولها بداعی التخلّص عن الوزر الأخروی المترتب علی ذنبه، فالندم علی ما فعل والبناء علی ترکه مستقبلاً لمجرد التحفّظ بسلامه جسمه وعدم ابتلاءه بالمرض مثلاً لا یکون توبه مکفّره للذنب، إلاّ إذا کان بنحو الداعی إلی الداعی، کما لا یبعد ذلک فی التوبه لترتب قبول شهادته علیها.

بقی فی المقام أمر، وهو ما ذکره جماعه من أنّه یعتبر فی تحقق التوبه المکفّره التخلّص من سائر تبعات الذنب من حق الغیر، کما فی منع الزکاه والخمس والغصب وغیره ممّا یتعلّق بأموال الناس، فإنّ علی التائب إیصالها إلی مستحقّیها وابراء ذمّته منها، بأن یؤدی الزکاه أو الخمس ویردّ أموال الناس علیهم مع بقائها ویغرم بدلها، أو یأخذ الإبراء من مالکها مع تلفها، ولو کان معسراً نوی الغرامه عند طروّ التمکن والیسر.

وکذا فیما کان حق الناس من غیر المال کالقصاص والقذف، فیأتی المستحق ویمکّنه، من استیفاء حقّه فإن لم یعلم ولیّ القصاص کونه قاتلاً فعلیه أن یُخبره بالحال، ویقول: أنا الذی قتلت أباک مثلاً فلزمنی القصاص فإن شئت فاقتصّ وإن شئت فاعف،

....

الشَرح:

وفى الغيبه والقذف فيما إذا بلغا المغتاب والمقذوف يقول مثل ذلک، وأمّا مع عدم بلوغهما إليهما فوجهان، فوجوب الإظهار لكونه حق آدمى فلايزول إلاّ بابرائه وذهب إلى ذلک الأكثر على ما فى المسالک، وعدم وجوب الإظهار بل عدم جوازه لأنّ الإظهار يوجب زياده الأذى و وغر القلوب.

وعلى الوجوب لو تعذّر الاستحلال بموته أو امتناعه فليكثر الاستغفار والأعمال الصالحه، فإنّه عسى أن تكون الأعمال الصالحه عوضاً عمّا يؤخذ من حسناته لصاحب الحق لو لم يعوض اللّه عنه، ولا اعتبار فى القذف والغيبه بتحليل الوارث وان انتقل حق القذف إليه بالإرث.

وهذا بخلاف الحق المالى فإنّه إذا مات مستحقه ينتقل إلى وارثه ويبرأ بدفع المال إليهم أو بابرائهم.

ولو كان فيها حق اللّه كالزنا وشرب الخمر، فإن لم يثبت عند الحاكم فقبل ثبوته له ان يمتنع عن توطين نفسه لإقامه الحد عليه، لأنّ التوبه قبل الثبوت مكفّره، وإن كانت بعد ثبوته عند الحاكم فعليه أن يأتى الحاكم لإقامه الحد عليه.

وذكر فى الجواهر بعد حكايه ذلک: انّ الظاهر عدم اعتبار التخلص عن توابع الذنب فى تحقق التوبه من ذلک الذنب التى تقدم أنّها ندم عن الارتكاب وبناء على عدم الارتكاب، ودعوى انّ الندم لا يتحقق إلاّ بالخلاص ممّا تبعه واضح الفساد، فانّ التخلص من تبعته واجب آخر لادخل له فى تحقق الندم عمّا فعل، نعم لو كان التابع من أفراد ما تاب عنه اتّجه التخلص عنه لعدم التوبه بدونه، كما إذا تاب عن التعدى على الناس فيأموالهم فإنّ التوبه لا تتحقق إلاّ مع إيصال ما فى يده من مال الغير إلى صاحبه وإلاّ فهو باقٍ على الظلم والتعدى.

السادسه: إذا حكم الحاكم ثمّ تبين فى الشهود[1] مايمنع القبول، فإن كان متجدّداً بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلاً قبل الإقامه وخفى عن الحاكم نقض الحكم.

الشَرح:

بخلاف ما إذا تاب عن قتل الناس فإنّه تتحقق التوبه من ذنب قتلهم وإن فرّ من القصاص، إذ الفرار ذنب آخر غير ذنب قتل النفس، ويمكن حمل كلماتهم على ذلک بناءً على امكان التوبه عن ذنب دون آخر، كمايظهر ذلک من البهائى فيأربعينه بل صريح كلامه ما ذكرنا، ولا ينافى ذلک ما فى بعض الروايات مثل ما ورد من: «أنّ التوبه تجمعها سته أشياء؛ الحديث»، وقوله عليه السلام عندما سمع قائلاً يقول استغفر اللّه: «ثكلتک أُمّک أتدرى ما الاستغفار الحديث»(1)، فإنّ مثل هذين يحملان على التوبه من جميع المعاصى أو على المرتبه الأعلى منها؛ انتهى.

أقول: ما ذكره قدس سره من أنّ التوبه عن ذنب لاتتوقّف على التوبه من سائر المعاصى حتى فيما كان الذنب الآخر من توابع الذنب الذى ارتكبه صحيح، إلاّ أنّ هذا لايجرى فى ذنب عيّن الشارع فيه للتوبه طريقاً خاصاً، كما فى ذنب القذف، فإنّه لو فرض أنّه ندم عن قذفه وعفى عنه المقذوف أيضاً، فلاتتحقق التوبه إلاّ بإكذاب نفسه كما تقدم.

[1] التعبير بالتبيّن لعله لفرض احراز حال الشهود وجداناً، بأن أحرز بعد الحكم بشهادتهما انّه كان فى الشهود مايمنع عن قبول شهادتهما، فإن كان المانع حاصلاً عند شهادتهما يحكم ببطلان القضاء، كما إذا تبين أنّ الشاهدين أو أحدهما من شركاء المدعى فيما يدعى، أو أنّ أحدهما كان قاذفاً لم يتب عن قذفه ونحو ذلک.

وكذا الحال فيما إذا تبيّن فسقهما أو فسق أحدهما بغيره سواءٌ كان حصول التبين عند الحاكم الذى حكم بشهادتهما أم عند غيره، وأمّا إذا تجدّد المانع بعد شهادتهما ولو قبل الحكم، فهذا لايمنع عن نفوذ القضاء المزبور، لأنّ الميزان فى القضاء الصحيح

1- (1) الوسائل: 11، الباب 87 من أبواب جهاد النفس، الحديث 4:361.

السادس: طهاره المولد.

فلا تقبل شهاده ولد الزنا أصلاً[1]، وقيل: تقبل فى اليسير مع تمسّكه بالصلاح، وبه روايه نادره، ولو جُهلت حاله، قُبلت شهادته، وان نالته بعض الألسن.

الشَرح:

حصول الشرائط للشاهد عند شهادته.

هذا كلّه بالاضافه إلى التبيّن الوجدانى وكذا إذا كان ظهور المانع فى الشاهد عند شهادته تعبدياً، كما إذا قامت البيّنه بعد الحكم بحصول المانع فى الشاهدين عند شهادتهما فينقض القضاء بذلک من الحاكم المزبور أومن غيره، على إشكال فى قيام البيّنه الجارحه بعد القضاء على ما يأتى.

وعلى الأخص فيما أراد النقض الحاكم الآخر مع احتماله انّ القاضى الأوّل قد أحرز الشرائط فى الشاهدين عند شهادتهما بالوجدان ولم يقع منه خطأ، فإنّ أصاله الصحه الجاريه فى قضائه تمنع عن هذا النقض، فالأظهر عدم جواز النقض إلاّ مع تبين خطئه عند قضائه فى خصوص هذا الفرض.

[1] المشهور قديماً و حديثاً عدم قبول شهاده ولد الزنا، فإنّه وإن يحكم باسلامه مع وصفه الإسلام، بل بدونه أيضاً، لتبعيه الولد لوالديه أو اشرفهما، ولكن لا تقبل شهادته حتى ما إذا كان عدلاً، وعن الانتصار والخلاف والغنيه والسرائر دعوى الإجماع عليه، وفى المسالک نقل عن الشيخ فى المبسوط جواز شهادته، ومال إليه.

ويشهد لما عليه المشهور روايات:

منها روايه أبى بصير قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت إنّ الحكم بن عتيبه يزعم أنّها تجوز، فقال: اللّهمّ لا تغفر ذنبه ماقال اللّه للحكم: «وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَکَ وَلِقَوْمِکَ»(1)، وظاهرها أنّ المفتى به عند بعض فقهاء العامه كان جواز

1- (1) الوسائل: 18، الباب 31من أبواب الشهادات، الحديث 1: 275، والآيه فى الزخرف:44.

....

الشَرح:

شهادته أخذاً بالإطلاق فى الآيه.

ورواها الشيخ قدس سره باسناده عن الحسين بن سعيد عن أحمد بن حمزه عن أبان عن أبى بصير، والظاهر أنّ أحمد بن حمزه هو ابن اليسع بقرينه روايته عن أبان وعليه فلا بأس بها سنداً ودلالةً وفى صحيحه محمد بن مسلم قال «قال ابو عبد اللّه عليه السلام لا تجوز شهاده ولد الزنا» وموثقه زراره قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول لو أنّ أربعه شهدوا عندى بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً، لأنّه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس».(1)

وظاهرها كظاهر غيرها أنّه مع عدل ولد الزنا لايؤم الناس ولاتقبل شهادته.

وبالجمله: لانطباق هذا العنوان على الشاهد مانعيه كما ذكرنا فى مانعيته سائر العناوين المانعه.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن شهاده ولد الزنا، فقال: لاولاعبد»(2)، ونفى شهاده العبد لاينافى اعتبارها.

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه قال: «سألته عن ولد الزناهل تجوز شهادته؟ قل: لايجوز شهادته ولا يؤم».(3)

وفى مقابل ذلک روايه على بن جعفر التى رواها فى قرب الاسناد عن عبد اللّه بن الحسن عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام ، قال سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم يجوز شهادته ولا يؤم(4) وهذه مع ضعف السند معارضه بالأخبار المتقدمه، فتحمل على التقيه، بل يمكن القول بإجمالها، لأنّ الظاهر اتحاد المروى عن كتاب على بن جعفر مع المروى فى قرب الاسناد، فالاشتباه فيأحدالنقلين واقع لا محاله.

نعم فى روايه عيسى بن عبداللّه: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن شهاده ولد الزنا، فقال:

....

الشَرح:

لا تجوز إلاّ فى الشىء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً».(1)

والظاهر أنّ عيسى بن عبداللّه القمى الثقه، بقرينه روايه أبان عنه، وقد أفتى بمضمونها الشيخ فى النهايه وحكى عن ابن حمزه.

وأجيب بأنّ مفادها عدم قبول شهادته مطلقاً، لأنّ الشىء اليسير على الإطلاق بحسب الأمكنه والأزمنه لامالیه له، وكلّ ما فرض من المال يكون دونه الشىء، وقد ورد نظير ذلک ما ورد فى شهاده الصبيان وأنّه تسمع شهادتهم فى الشىء الدون، بل قيل: انّ ما ورد من وجوب الخمس فى الجائزه التى فيها خطر، مقتضاه وجوبه فى مطلق الجائزه.

ولكن لايخفى ما فى الجواب، فإنّ ظاهرها اعتبار الصدق العرفى بحسب زمان وجود الشىء ومكانه.

ثمّ إنّه إذا نال الشخص بعض الألسن بأنّه ولد الزنا، فهذا لايمنع عن قبول شهادته، لأنّه لو ثبت فى البين فراش فهو طريق شرعى إلى أنّه ولد حلال، ولو لم يثبت فالإطلاق فيما دل على نفوذ شهاده العدل بضميمه الاستصحاب فى ناحيه عدم كونه ولد الزنا مقتضاه نفوذ شهادته، وقد بيّنا فى بحث الأصول اعتبار الاستصحاب فى الأعدام الأزليه حتى فيما إذا أخذ فى الموضوع بنحو كان الناقصه. وما فى الدروس، من أنّ ترک شهاده المشكوک فى مقام القضاء مقدمه لترک شهاده ولد الزنا، كماترى.

وما فى الجواهر، من أنّ النهى عن قبول شهاده ولد الزنا ظاهره المانعيه الظاهره فى اختصاصها بالمعلوم دون المشكوک الداخل فيالعنوان الوارد فى عمومات قبول شهاده العدل، ضعيف، لأنّ كلاّ من عنوانى الشهاده وولد الزنا ظاهر فى واقعه، والنهى ارشاد إلى مانعيه العنوان، فما وجه الانصراف إلى المعلوم إلاّ ما اشتهر فى الألسن من لزوم احراز المانع، وإلاّ فالأصل عدم المانعيه، والمانع وهو لايرجع إلى محصل، كما بيّن فى محلّه.

1- (1) الوسائل: 18 ، الباب 31 من أبواب الشهادات، الحديث 5 : 276 .

الطرف الثانی:

فیما به یصیر شاهداً والضابط العلم [1]،

لقوله تعالی: «وَلاَ تَقْفُ مَا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»، ولقوله صلی الله علیه و آله وقد سئل عن الشهاده وقال: «هل تری الشمس؟ فقال: نعم قال صلی الله علیه و آله : علی مثلها فاشهد أو دع».

الشَرح:

[1] المشهور بین الأصحاب اعتبار العلم فی تحمّل الشهاده لتقبل عند ادائها، لقوله سبحانه: «وَلاَ تَقْفُ مَا لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ»(1)، وقوله سبحانه:«إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ یَعْلَمُونَ»(2)، وغیر ذلک ممّا ظاهره اعتبار العلم فی القول والشهاده.

وظاهرهم اعتبار العلم بمنشائه العادی، کالمشاهده والسماع أو هما معاً، فالمشاهده فی مثل الشهاده بالسرقه والغصب والقتل والزنا والرضاع وما أشبه ذلک، والسماع فی مثل الشهاده بالإقرار والشهاده بالشهاده والعقود والایقاعات والقذف ونحو ذلک، ومقتضی ذلک أن لاتسمع الشهاده بالمبصرات فیما کان اعتقاد جزمی بوقوعها من غیر ابصار، وفی المسموعات من غیر سماع وما شاکل ذلک.

وعن الأردبیلی والخراسانی التوقف فی ذلک، وفی کشف اللثام جواز الاستناد فی الشهاده إلی التواتر، وأنّه یجوز أن یکون مرادهم اعتبار المشاهده بالواسطه وبدونها، وفیما کان العلم مستنداً إلی التواتر او الخبر المحفوف بالقرینه بحیث لم تبق

1- (1) الاسراء:36.
2- (2) الزخرف :86.

ومستندها: إمّا المشاهده، أو السماع، أوهما، فما يفتقر إلى المشاهده الأفعال، لأنّ آله السمع لا تدركها، كالغصب والسرقه والقتل والرضاع والولاده والزنا واللواط، فلا يصير شاهداً بشىء من ذلک إلاّ مع المشاهده، ويقبل فيه شهاده الأصمّ، وفى روايه يؤخذ بأوّل قوله لا بثانيه، وهى نادره.

الشَرح:

شبهه اصلاً فلا مانع عن الشهاده لحصول العلم.

وفى الرياض بعد حكايه جوازالشهاده بالمبصرات اعتماداً على الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرينه: أنّه أى الجواز فى محلّه لمكان العلم.

ولكن ظاهر كلماتهم اعتبار الأبصار فى الشهاده، وان يحتمل أن يكون ذكرهم المشاهده لأجل أنّه لايكفى فى الشهاده مجرّد الابصار، وإن لم يكن موجباً للعلم، بل يعتبر حصول العلم.

إلاّ أنّه يمكن الاستدلال على ما فى ظهور كلماتهم بأخذ حضور الواقعه فى مفهوم الشهاده، فلا يدخل مجرّد الاعتقاد الجزمى غير المستند إلى الحس الظاهر فى معنى الشهاده.

أضف إلى ذلک أنّ الجزم الحاصل من الحسّ الباطنى يختلف شدةً وضعفاً ويتخلف كثيراً، ويظهر للجازم خلافه فيما بعد، فلا تطمئن النفس بتلک الشهاده، وهذا وان يوهم عدم اعتبار غير الحس الظاهرى فى الموارد التى يأتى كفايه الاعتماد فيها على الاستفاضه، إلاّ أنّ الاجماع على الاكتفاء فيها بها هو المستند، مع مسيس الحاجه واقتضاء الضروره إلى الاكتفاء.

بل ما ذكروا فى تلک الموارد من كفايه الاستفاضه أوضح شاهد، بأنّ الأصل فى الشهاده الحسّ الظاهرى لدخوله فى معناها لغه، ولو سلّم احتمال عدم دخل حسّ الظاهرى وكفايه مجرّد العلم و الاعتقاد، فاللازم الرجوع إلى الأصل العملى، ومقتضاه

وما يكفى فيه السماع، فالنسب والموت والملک المطلق، لتعذّر الوقوف عليه مشاهده فى الأغلب، ويتحقّق كل واحد من هذه، بتوالى الأخبار من جماعه، لا بضمّهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلک حتى يُتاخم العلم، و فى هذا عندى تردد.

الشَرح:

عدم نفوذ خبرالعدل وعدم كونه مدركاً للقضاء ما لم يستند إلى الحس الظاهرى.

وذكر فى الجواهر بعد نقل هذا الكلام: أنّه من الغرائب، حيث إنّ مقتضاه أن لا يصحّ لنا الشهاده الآن لأميرالمؤمنين عليه السلام ، بأنّ النبى صلى الله عليه و آله نصبه يوم الغدير اماماً ووليّاً على المسلمين، ولا تصحّ أيضاً الشهاده منّا على الأوّلين بغصبهما الفدک من الزهراء عليهاالسلام ، ولا الشهاده بغير ذلک ممّا وصل إلينا بطريق النقل، بل ليست شهادتنا بالتوحيد وأنّ محمّداً صلى الله عليه و آله عبده و رسوله شهاده حقيقه.

وبالجمله: الكلام المزبور ساقط من أصله، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى سماع شهاده الأعمى إذا أثبته، وإنّ الأصحاب لم يعتبروا فى الشهاده أزيد من العلم بالمشهود به، فإنّه ليس معنى الشهاده إلاّ الإخبار بشىء عن جزم ويقين به.

وما ذكروا من الاكتفاء بالاستفاضه فى الأُمور السبعه أو الأزيد راجع إلى عدم اعتبار العلم واليقين فى الشهاده بها، بل يكفى فى الشهاده بها مجرّد وجود الاستفاضه الموجبه للظن أو الاطمئنان، ومن اعتبر العلم فيها جعلها كسائر الشهادات، نعم المعتبر فى الشهاده العلم الحاصل للانسان المستقيم الخالى من الأغراض والتسرّع فى الاعتقاد، وتخلّف هذا العلم عن الواقع بأكثر ممّا يتخلّف العلم بالأبصار غير ظاهر والاشتباه فى الحس أمر معروف؛ انتهى.

أقول: اطلاق لفظ الشهاده على الاخبار بالشىء إعترافاً وإبرازاً للاعتقاد به لاينكر، وليس فيه كلام، وإنّما الكلام فيما ورد فى ثبوت الدعوى بشهاده العدلين بالواقعه المرفوعه إلى القاضى، وإنّ اقامه الشهاده بها ظاهره فى الشهاده التى ورد الأمر بتحمّلها ارشاداً فى

وقال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحمّلاً وشاهدَ أصل، ولا شاهداً على شهادتهما، لأنّ ثمره الاستفاضه الظن وهو حاصل بهما، وهو ضعيف، لأنّ الظن يحصل بالواحد.

الشَرح:

الوصيه، وفى النكاح ونحوه استحباباً، وفى الطلاق شرطاً، أو أنّها غير ظاهره فيها.

ومن المعلوم أنّ الشهاده عند تحمّلها تكون بحسّ الواقعه بالمشاهده أو بالسماع، وبهما معاً، ولو لم يكن ظاهراً اقامتها ذلک، فلا أقل من عدم احراز عمومها لمجرّد الاعتقاد الجزمى بالوقوع، والأصل عدم النفوذ فى مقام القضاء أو غيره ممّا لاتكون الشهاده بالحسّ.

نعم، تذكر موارد ويقال بعدم اعتبار هذه الشهاده فيها، بل لايعتبر فيها الاخبار بالعلم بالواقع، بل يكفى فى الشهاده فيها التناقل والاشتهار المعبّر عنه بالاستفاضه، بحيث لا يحتمل عاده استناد ذلک إلى المواعده وتبانى جمع أو تفيد ظناً متاخماً للعلم.

وبتعبير آخر، يكون الشياع موجباً للعلم العادى المعبّر عنه بالاطمئنان، ويعدّ من تلک الموارد النسب والموت والملک المطلق، كما فى عباره الماتن، حيث إنّ مراده: وما يكفى فيه السماع، هو الإعتماد على التناقل، لا السماع فى الواقعه التى يكون حسّها بالسمع، كالشهاده بالإقرار والقذف وغير ذلک.

وعلّل جواز الشهاده فيها بالسماع بعدم امكان الحس فيها نوعاً من المخبرين، حيث انّ الملک يستمر ويجهل سببه لانقضاء زمانه، والموت أسبابه مختلفه ولا يشاهد الميت، والأمر فى النسب أظهر لعدم الحس بالولاده إلاّ من بعض النساء، فيعلم بالأخذ من ألسنتهن ونقلهن.

ولكن مع ذلک، ولعلّه لعدم الحس والعلم فى البين ذكر: وفى هذا عندى تردد.

وقد حكى عن الاسكافى الاقتصار بالنسب، وتعدّى بعضهم إلى الموت والملک

فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابنى وهو ساكت، أو قال: هذا أبى وهو ساكت، قال فى المبسوط: صار متحمّلاً لأنّ سكوته فى معرض ذلک رضاً بقوله عرفاً، وهو بعيد لاحتماله غير الرضا.

الشَرح:

المطلق، وعن بعض إلحاق النكاح والوقف والعتق والولاء، وعن بعض ابدال الولاء بالولايه، وعن بعض زياده الرق والعداله، وأنهاها بعض إلى أكثر من ذلک، وزاد سبعه عشر مورداً آخر.

وفى بعض الروايات كمرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن البيّنه إذا أقيمت على الحق، أيحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيّنه؟ قال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانسان، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته»(1)، وهذه تصلح للتأييد لا الاستدلال بها.

وعن الشهيد الثانى فى المسالک الاشكال فى جواز الشهاده بالنسب، اعتماداً على التسامع فى الأم، حيث يمكن الحسّ بالولاده، وكذا فى غير الأم مع انكار المنسوب إليه الحىّ، ولو كان المنسوب إليه مجنوناً ففيه اشكال، لاحتمال إفاقته وإنكاره.

أقول: فى البين مقامات:

الأوّل: جواز اعتماد المكلّف وترتيبه أثر الثبوت مع حصول الشياع، بأن لايجوز له التزويج بامرأه اشتهرت أنّها أُخته الرضاعيه أو أُخته بالنسب، ولايجوز له شراء ما اشتهرانّه وقف، إلى غير ذلک.

وفى هذا المقام، إن كان الشياع موجباً للاطمئنان والوثوق فلايختصّ جواز الاعتماد بالثلاثه أو السبعه أو الأزيد، بل يجرى فى كلّ موضوع احرز حصوله بالشهره

1- (1) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 3:290.

....

الشَرح:

الموجبه للاطمئنان والوثوق، المعبّر عنه بالعلم العادى، إلاّ فى مورد جعل الشارع فيه لاحراز الموضوع نحواً من الإحراز، أو نهى فيه عن اتّباع غير العلم الوجدانى، أو كان الموضوع للأثر نفس العلم بالشىء على نحو الوصفيه، لجريان السيره العقلائيه على اتباع الوثوق والاطمئنان، فتتّبع فى غير مورد الردع، وأمّا إذا لم تكن الشهره موجبه للاطمئنان والوثوق فلايعتبر إلاّ فى مورد قد احرز فيه اعتبارالشياع مطلقاً، ولو لم يكن موجباً للعلم العادى، ولايبعد أن يكون النسب كذلک لجريان السيره على اتباع السماع، ممّا لايحتمل عاده حصول الشياع فيه مستند إلى التبانى واحتمال حصوله من التسامع.

والثانى: جواز الإخبار بالشىء اعتماداً من المخبر على الشياع المفيد للاطمئنان، أو اعتماداً على مطلق الشياع فى مورد ذكرنا اعتباره فيه.

والظاهر كما أنّ الإخبار بنفس الشياع أمر جائز كذلک الاخبار بنفس الشىء، بعد فرض كون المكلف عالماً به، ولو بنحوالحكومه والتنزيل.

والثالث: فى نفوذ قضاء القاضى فى الواقعه، اعتماداً منه على الشياع المعتبر، أو اعتماداً على إخبار عدلين بذلک الشياع.

والظاهر عدم جواز القضاء بالواقع اعتماداً على الشياع المزبور، لما تقدم فى بحث القضاء انحصار مدرک القضاء بالبيّنه والإقرار والحلف، وأنّ القاضى وان يجوزله الحكم بعلمه، إلاّ أنّ المعتبر من علمه هو علمه الوجدانى الحاصل من حسّه الواقعه بنفسه لا علمه التعبدى، وإلاّ لماكانت حاجه فى قضائه إلى حلف المنكر، لأنّ يده الجاريه على المال علم تعبدى بأنّه المالک، فيكون قضاؤه بمقتضى يده قضاءً بالعلم كما لايخفى.

ص :506

....

الشَرح:

ثمّ إنّ للحاكم فيما إذا أحرز الشياع بنفسه أو أخبر به البينه أن يحكم بثبوته، ويلزم من يعترف بعدم العلم بخلافه العمل على طبقه، ولكن هذا ليس من القضاء فى الواقعه كما تقدم، بل يدخل ذلک فى عنوان الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

ولو فرض فى مورد كون الشياع بحيث لا يتخلّف عن الواقع أصلاً، بأن يحصل منه العلم بالواقع لكلّ من اطلع عليه، فالظاهر جواز الشهاده بالواقع فى الفرض وجوازالقضاء بتلک الشهاده، لأنّ الشياع المزبور يكون من أثر ثبوت الواقع، فيكون حسّه حسّاً للواقع، فانّه لولاه لما كان هذا الشياع وهذا المقدار يكفى فى صدق البيّنه وشهاده العدلين، حيث انّ حسّ الأثر يعدّ عرفاً حسّاً لذى الأثر.

وبالجمله، المتحصّل من جميع ما ذكرنا، أنّه يعتبر فى الشاهد عند تحمّله الشهاده حسّ الواقعه، فلا يكفى مجرّد الحدس بالواقعه، سواء كان حدسه جزمياً أم ظنياً، فإنّ حسّ الواقعه بنفسها أو بأثرها مأخوذ فى معنى الشهاده المعتبره فى مدرک القضاء.

ويؤيّد ذلک ما رواه على بن غياث بن غراب عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لاتشهدنّ بشهاده حتّى تعرفها كما تعرف كفّک».(1)

وما نقل الماتن وغيره مرسلاً عن النبى صلى الله عليه و آله وقد سئل عن الشهاده قال: «هل ترى الشمس، على مثلها فاشهد أودع».(2)

ولايمكن الالتزام بما عن جماعه، من أنّه يكفى فى الشهاده العلم بالمشهود به ولو حدساً، بل يكفى الاستناد إلى الاستفاضه فى الموارد المشار إليها.

ثمّ إنّ الشاهد فى مقام الاداء لو كان متذكّراً بتحمّلها فلا اشكال فى جواز تلک

1- (1) الوسائل:18، الباب 20 من أبواب الشهادات، الحديث 1:250.

2- (2) مستدرک الوسائل:17، الباب 15 من أبواب الشهادات، الحديث 2:422.

....

الشَرح:

الشهاده تكليفاً ووضعاً، وكذا فيما كان جازماً بتحمّلها ولكن لايتذكرتحمّلها، كما إذا رأى خطه واسمه فى كتاب الشهاده مع جزمه بأنّه قد كتبه ولكن لايتذكّر الواقعه، وقيل: انّه لاتصحّ الشهاده إلاّ بتذكر الواقعه المشهود بها.

وفى صحيحه الحسين بن سعيد، كتب إليه جعفر بن عيسى: «جعلت فداک جاءنى جيران لنا بكتاب زعموا أنّهم أشهدونى على ما فيه، وفى الكتاب اسمى بخطّى قد عرفته، ولست أذكر الشهاده، وقد دعونى إليها، فأشهد لهم على معرفتى انّ اسمى فى الكتاب ولست أذكر الشهاده، أو لاتجب الشهاده علىَّ حتى أذكرها، كان اسمى بخطى فى الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد».(1)

ولكن لابد من حملها على صوره عدم الجزم بالتحمّل، ولو باحتمال التزوير فى الورقه أو فى اسمه و خاتمه، كما تشهد بذلک معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله لا تشهد بشهاده لاتذكرها، فإنّه من شاء كتب و نقش خاتماً»(2)، فإنّ مقتضى التعليل انّه مع اليقين بعدم التزوير فلابأس بالشهاده.

و ممّا ذكر يظهر الحال فى صحيحه عمر بن يزيد قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الرجل يشهدنى على شهاده فأعرف خطّى وخاتمى ولا أذكر من الباقى قليلاً و لاكثيراً، قال: فقال لى: إذا كان صاحبک ثقه و معه رجل ثقه فاشهد له»(3)، فانّها تحمل على أنّ ما ذكر لإحراز وقوع التحمل.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنّه إذا لم يعرف الشاهد الواقعه الحاليّه المطلوب منه الشهاده بها، ولكن

1- (1) الوسائل:18، الباب 8 من أبواب الشهادات، الحديث 2:235.
2- (2) الوسائل:18، الباب 8 من أبواب الشهادات، الحديث 2و1:235.

....

الشَرح:

كان شاهداً بالحاله السابقه، ومقتضى الاستصحاب بقاء الواقعه على حالها، فهل تجوز له الشهاده بالحاله الفعليه اعتماداً على الاستصحاب، أم لا؟

كما إذا علم بأنّ العين كانت لزيد سابقاً ولا يدرى انتقالها إلى آخر، وطلب زيد منه الشهاده بالملكيّه الفعليّه، وقد عقد فى الوسائل باباً فى جوازالشهاده بالملک اعتماداً على الإستصحاب، وكذا الشهاده بعدم وارث آخر، وقد أورد فيه صحيحه معاويه بن وهب قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الرجل يكون له العبد والأمه وقد عرف ذلک، فيقول: أبق غلامى أو أمتى. فيكلّفونه القضاه شاهدين بأنّ هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا كلّفناه؟ قال: نعم»(1)

ولكن يعارضها ما فى معتبرته الأُخرى الّتى يمكن التعبير عنها بالصحيحه، حيث إنّ الراوى عن معاويه بن وهب يونس بن عبدالرحمان، وللشيخ إلى رواياته وكتبه طريق معتبر، قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام :الرجل يكون فى داره ثمّ يغيب عنها ثلاثين سنه ويدع فيها عياله، ثمّ يأتينا هلاكه ونحن لا ندرى ما أحدث فى داره، ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلاّ أنّا لا نعلم أنّه أحدث فى داره شيئاً ولا حدث له ولد، ولاتقسم هذه الدار على ورثته الذين ترک فى الدار حتى يشهد شاهدا عدل انّ هذه الدار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان و فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم ، قلت: الرجل يكون له العبد والأمه فيقول: أبق غلامى وأبقت أمتى، فيؤخذ بالبلد فيكلّفه القاضى البينه انّ هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أفنشهد على هذا إذا كلّفناه ونحن لم نعلم أنّه أحدث شيئاً؟ فقال: كلّما غاب عن يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنک لم تشهدبه».(2)

1- (1) المصدر نفسه: الباب 17 من أبواب الشهادات، الحديث 3:246.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب الشهادات، الحديث 2و1:246.

....

الشَرح:

ويجمع بين هذه وما قبلها بتجويز الشهاده بالحاله السابقه وعدم الشهاده بالحاله الفعليه، بشهاده صحيحته الأُخرى قال: «قلت له: انّ ابن أبى ليلى يسألنى الشهاده عن هذه الدار مات فلان و تركها ميراثاً، وانّه ليس له وارث غير الذى شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمک، قلت: انّ ابن أبى ليلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إنّما هو على علمک».(1)

وبالجمله، انّ الشهاده هى الإخبار بما علمه بحسّه، ولا يكون الاستصحاب علماً حقيقه، فضلاً عن كونه علماً بحسّ الواقعه، وإذا كانت الواقعه مورد المخاصمه بحيث يحتاج إلى فصلها بالقضاء فلا ينفذ فيها إلاّ الشهاده المتقدمه، أخذاً بما دلّ على أنّ القضاء بالبيّنه والحلف، فمن يدعى خلاف الشهاده المتقدمه فعليه اقامه البيّنه على دعواه، فإنّ من يكون قوله على خلاف الاستصحاب مدّعٍ عدم كون العين بيده.

وأمّا إذا لم يكن فى البين مخاصمه كالدار المزبوره في الصحيحه والمعتبره فعلى القاضى الحكم على طبق الحاله السابقه، أخذاً بالاستصحاب، ولكن هذا الحكم ليس من القضاء فى الواقعه بل هو تعيين الوظيفه فيها على من لايعلم خلافها.

ولو لم يكن القاضى ملتفتاً انّ الوظيفه هى الأخذ بالحاله السابقه، فللشاهد أن يشهد بالملكيّه الفعليّه، وشهادته بها ليست من الشهاده التى مدرک القضاء، حيث إنّه بيان الوظيفه الفعليه فى الواقعه، ويمكن أن يحمل على ذلک الصحيحه الأُولى، حيث لم يفرض فيها دعوى الحريه من الغلام والأمه أو دعوى آخر ملكيتهما، وهذا مع اعتبار الاستصحاب، وأمّا مع عدمه كما إذا كانت العين التى يعلم الشاهدان بأنّها كانت ملک فلان بيد شخص آخر يدعى ملكيتها، ويعترف بأنّها انتقلت ممّن يشهد الشاهدان بأنّها كانت فى السابق ملكه، فلا تسمع الشهاده بالملكيه السابقه أصلاً.

تفريع على القول بالاستفاضه:

الأوّل: الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب، مثل البيع والهبه والاستغنام، لأنّ ذلک لا يثبت بالاستفاضه[1]، فلا يُعزى الملک إليه مع اثباته بالشهاده المستنده إلى الاستفاضه، أمّا لو عزاه إلى الميراث صحّ، لأنّه يكون عن الموت الذى يثبت بالاستفاضه، والفرق تكلّف لأنّ الملک إذا ثبت بالاستفاضه، لم تقدح الضميمه مع حصول مايقتضى جواز الشهاده.

الشَرح:

الأمرالثانى: جوازالشهاده بملكيه العين استناداً إلى يده عليها، فهل الشهاده بالملكيّه استناداً إليها كالشهاده بها استناداً إلى الاستصحاب، أو أنّ الشهاده استناداً إلى يد نافذه تصح كونها مدرک القضاء، نتعرض لهذا الأمر فى المسأله الأولى من المسائل الآتيه.

[1] ذكر قدس سره تفريعين على القول بسماع الشهاده التى استند الشاهد فيها إلى الاستفاضه:

الأوّل: انّ الشاهد بالملک بالاستناد إليها لا يجوز له أن يشهد بالسبب الذى استفاض خبر الملک بذلک السبب، لكن لا بمعنى أنّ شهادته بالسبب غير نافذه، كما إذا ذكر انّ زيداً يملک العين الفلانيه بالشراء أو بالاتّهاب أو بالاستغنام أو غير ذلک، لأنّ هذه الاسباب لا تتحمّل الشهاده بها بالاستفاضه، فيكون الشهاده بها مخلّه. نعم إذا ذكر السبب فيما يثبت ذلک السبب كالملک بالاستفاضه، كما إذا شهد أنّ العين الفلانيه ملک زيد ارثاً من أبيه صحّت، لأنّ الموت أيضاً يثبت بالاستفاضه.

ثمّ أورد على ذلک بأنّ ذكر السبب مع الشهاده بالملک لا يضرّ، غايته أن تكون الشهاده بالسبب ملغاه.

أقول: قد أشرنا إلى أنّ مراد من ذكر انّ الشاهد بالاستفاضه لا يشهد بالسبب، ليس بمعنى اعتبار عدم ذكره فى سماع شهادته.

الثانى: إذا شهد بالملک مستنداً إلى الاستفاضه، هل يفتقر إلى مشاهده اليد والتصرّف؟ الوجه لا[1]، أمّا لو كان لواحدٍ يد، ولآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأنّ السماع قد يحتمل اضافه الاختصاص المطلق للملک وغيره، ولا تزال اليد بالمحتمل.

الشَرح:

وتظهر الثمره فى سماع الشهاده بالملک دون السبب، فيما إذا كان فى البين مدع آخر لتلک العين وله شهود بالملک والسبب، وكانت شهادتهم غير مستنده إلى الاستفاضه تقدم بيّنته على صاحب البينه بالاستفاضه لثبوت السبب الملک بها من غير معارض، على ما تقدم فى تعارض البيّنتين، وهذا بخلاف ما إذا كان السبب أيضاً ممّا يثبت بالاستفاضه كالملک بالارث، فإنّ البيّنه المستنده إلى الاستفاضه تعارض الأخرى فى السبب أيضاً.

و ذكر فى الجواهر أنّه: إذا شهد بالملک مع السبب وكانت الشهاده مستنده إلى الاستفاضه يؤخذ بشهادته بالاضافه إلى الملک دون السبب، لأن التبعيض فى الشهاده أمر معروف، وهذا ظاهر فيما إذا شهدت بالملک وانّه بالبيع، وأمّا إذا قال إنّه قد ملكها بالشراء فقد يشكل القبول، لأنّ الشهاده واحده وعدم ثبوت خصوصيه الملک أى فصله يوجب عدم ثبوت الجنس.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإنّ الملک لا يكون من قبيل الجنس والشراء من قبيل الفصل، بل هو من قبيل الشهاده بالموضوع وأثره، ولو سمعت بالاضافه إلى الأثر لكونه عاماً، ولا يختص بذلک الموضوع، فلا مانع من عدم ثبوت الموضوع، كما فى الشهاده بالسرقه بواحد ويمين حيث يثبت ضمان الملک، ولايثبت عنوان السرقه ليقطع يده.

[1] وذكر فى التفريع الثانى على سماع البينه المستنده إلى الاستفاضه، أنّه لا يعتبر فى سماعها أن يرى الشاهد العين بيد المشهود له وتصرفه فيها بالبناء والهدم والإجاره وغيرها من التصرفات، ولو كان مدّعٍ آخر بتلک العين وله شاهد يستند فى شهادته إلى

الشهاده بالملک اعتماداً على التصرف

مسائل ثلاث:

الأولى: لا ريب انّ المتصرّف بالبناء والهدم والاجاره بغير منازع يشهد له بالملک المطلق[1]. وأمّا من فى يده دار، فلا شبهه فى جواز الشهاده له باليد، وهل يشهد له بالملک المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروى، وفيه اشكال من حيث انّ اليد لو أوجبت الملک له، لم تسمع دعوى من يقول: الدار التى فى يد هذا لى، كما لاتسمع لو قال: ملک هذا لى.

الشَرح:

اليد والتصرف، يقدم الشهاده المستنده إلى اليد المستمره على العين، وعلّل ذلک بأنّه يمكن إضافه المال إلى شخص لا لكونه مالكاً.

بل عبارته قدس سره تعطى انّه لو كانت لأحد فى عين اليد المتصرفه فيها، وللآخر سماع الاستفاضه بأنّها له، يحكم بأنّها لذى اليد المتصرفه فيها، لأنّ الإستفاضه يحتمل اختصاصها بغير الملک، بخلاف اليد المتصرفه فيها والمستمره عليها، فإنّها لايحتمل فيها غير الملک.

وقد يقال بأنّ تقديم اليد المتصرفه على الإستفاضه، فيما إذا كانت الاستفاضه بأنّ العين لفلان، حيث يحتمل اللام الداله على الاختصاص غير الملک، وأمّا إذا كانت الاستفاضه بأنّها ملک فلان، فيقدم على اليد المتصرفه، كما هو لازم ثبوت دعوى الملک بالبيّنه المستنده إلى الشياع.

أقول: لو كانت الاستفاضه معتبره كما تقدم التفصيل، تسقط اعتبار اليد المتصرفه، بلا فرق بين استفاضه أنّ العين لزيد أو ملک زيد، لأنّ ظاهر نسبه المال إلى شخص واضافته إليه باللام الملكيّه، ولافرق فى اعتبار الظهور فى موارد الإخبار بالموضوع أو الحكم، ولو لم تكن الاستفاضه معتبره كما إذا لم توجب الوثوق والاطمئنان، فلا موجب لرفع اليد عن مقتضى قاعده اليد، وهو ترتيب آثار المالكيه لذى اليد.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا كان شخص يتصرف فى عين بالبناء والهدم والاجاره وغير ذلک

....

الشَرح:

من التصرفات ولم يكن منازع ينازعه فى ملكها، يجوز أن يشهد بأنّ العين المزبوره ملک له، وادّعى أنّ جواز الشهاده بملكها له لاريب فيه.

وأمّا إذا كانت عين بيد واحد، فإن شهد الشاهد بيده على العين فهذه الشهاده جائزه تكليفاً ووضعاً، وأمّا إذا أراد أن يشهد بملكه للعين، فجواز الشهاده مشكل، وإن قيل بجوازها، وعلى الجواز روايه أيضاً.

والوجه فى الاشكال انّ اليد على العين لو كانت موجبه لملک ذى اليد فلازمه ان لا تسمع الدعوى على ذى اليد فى ملكيّتها، فانّ قول المدعى بها مرجعه إنّ هذه العين التى ملک لذى اليد ملكى.

وقد أورد على الماتن قدس سره : لو كان منشأ الاشكال فى جواز الشهاده بالملک لذى اليد ذلک، لجرى هذا الاشكال فى الشهاده بالملک للمتصرف فى العين بلامنازع، لأنّ المتصرف المزبور إن أوجب كون العين له فلا تسمع دعوى أحد عليها فى ملكيتها، لأنّ مرجع قول المدعى هو أنّ العين التى ملک المتصرف ملكى.

وهذا النقص وارد على استدلاله، وان تصدى فى الرياض لبيان الفرق، ولكن لاسبيل إلى الإتيان بالفارق.

والوجه فى ذلک: أنّ التصرف فى العين أو اليد فيه ليس من الأسباب المملّكه، كالأحياء أو البيع والشراء، وغير ذلک من موجبات الملک ، بل كلّ منهما أماره بملک العين، واعتبار الأماره يختص بحق الجاهل بالواقع، والذى يعلم الواقع وانّ العين ليس بملک المتصرف فيها أو لذى اليد، فله أن يدعى عليهما فى العين المزبوره.

وعلى ذلک ، فإن قلنا بأنّه يكفى فى شهاده الشاهد بالواقع احرازه بالاماره المعتبره ولو فى الملک المطلق، فله أن يشهد بملكيه العين للمتصرّف أو لذى اليد، وإن

....

الشَرح:

قلنا باعتبار العلم الوجدانى بحسّ الواقع كما تقدم، فتشكل الشهاده بملكيّتها من غير فرق بينهما.

ودعوى الاجماع والتسالم على جواز الشهاده بملكيه العين للمتصرّف المستمر فيها بخلاف الشهاده بملكيته لذى اليد عليها، لا يمكن المساعده عليها، لعدم احراز التسالم والاجماع التعبدى فى الأوّل.

ويمكن التفرقه بينها بما ذكرنا سابقاً، من أنّ حسّ الواقع أعم من أن يكون بنفسه أو بأثره، واستمرار شخص على التصرّفات فى عين بالتصرّف الموقوف على ملكها طول زمان من غير منازع ونكير يعدّ من أثر الملكيه الواقعيه، بخلاف مجرّد اليد على عين، فإنّ اليد وان تكون اماره معتبره بمالكيه ذى اليد، إلاّ أنّها لا يوجب العلم بها فضلاً عن أن يكون من أثر المحسوس لها، ولكن مع ذلک هذا الفرق أيضاً لايخلو عن تأمّل.

ولكن قيل بجواز الشهاده بالملک باليد عن العين، ويستدل عليه بروايه حفص بن غياث عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال له رجل إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوزلى أن أشهد أنّه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنّه فى يده ولا أشهد أنّه له فلعلّه لغيره، فقال أبو عبداللّه عليه السلام : أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبداللّه عليه السلام : فلعلّه لغيره فمن أين جاز لک أن تشتريه ويصير ملكاً لک، ثم تقول بعد الملک: هو لى، وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليک؟ ثم قال أبوعبداللّه عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق.(1)

أقول: ما يذكر فى المقام من عدم سماع بيّنه الملک المستنده إلى اليد، المراد مقام الترافع والتنازع، وأمّا فى غير ذلک، كما إذا أراد انسان شراء متاع من آخر، فالقول بأنّ

1- (1) الوسائل :18، الباب 25 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2:215.

....

الشَرح:

ذا اليد مالكه جائز بلا اشكال، حيث بعد اعتبار اليد أماره بالملک يعلم بأنّه مالک. وقد تقدم أيضاً أنّ البينه بكون عين بيد فلان توجب كونه المدعى عليه فى دعوى الآخر ملكيّتها.

فينحصر الكلام فى أنّه إذا ادعى أحد على الآخر انّه مالک العين دونه فان أقام بينه فاللازم أن يشهد الشهود بالملكيّه المحرزه لهم من غير ناحيه اليد، بأن كان احرازهم بحضورهم شرائها أو ارثها، ولو شهدوا بالملكيه باليد فان كانت العين عند شهادتهم بيد المدعى عليه فشهادتهم كاذبه، وإن لم تكن بيده فتجعل شهادتهم المشهود له المدعى عليه فى الواقعه، فله الحلف على نفى دعوى الآخر ان لم يكن للآخر بيّنه معتبره.

وروايه غياث مع ضعف سندها بقاسم بن يحيى غير ناظره إلى الشهاده فى مقام الترافع، بل ناظره إلى الشهاده بمعنى الإخبار بملكيه ذى اليد، وقوله فى مقام الدعوى عليه كما يظهر ذلک بملاحظه صدرها و ذيلها الوارد فيه: لو لم يكن هذا لما قام للمسلمين سوق.

ويظهر ما ذكرنا ممّا ورد فى تعارض البيّنات مع كون العين فى يد أحد المتنازعين واقامه كل منهما البينه على أنّها ملک له، ووجه الظهور انّ ملاحظه ما ورد يوحى أنّ المغروس فى أذهان السائلين هو أنّه إذا اختصّت البينه بالمدعى لثبت دعواه على ذى اليد، ولذا فرضوا اقامه كلّ منهما البيّنه بملكيه العين له، وهذه البيّنه لا يمكن أن تكون مستنده إلى مجرّد اليد وإلاّ لم يكن معنى لتقديمها على اليد فى الآخر كما ذكرنا، لمعلوميه كذبها كما لا يخفى.

الثانيه: الوقف والنكاح يثبت بالإستفاضه [1]، أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه، وأمّا على الاستفاضه المفيده لغالب الظن، فلأنّ الوقف للتأبيد، فلو لم يسمع فيه الإستفاضه لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقات وفناء الشهود.

وأمّا النكاح، فلأنّا نقضي بأنّ خديجه عليهاالسلام زوجه النّبى صلى الله عليه و آله كما نقضى بأنّها أمّ فاطمه عليهاالسلام ، ولو قيل: انّ الزوجيه تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلاّ إذا استند السماع إلى المحسوس، ومن المعلوم أنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهده العقد ولاعن إقرار النّبى صلى الله عليه و آله ، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضه التى هى الطبقه الأولى، ولعل هذا أشبه بالصواب.

الشَرح:

[1] المعروف بأنّ الوقف والنكاح يثبت كلّ منهما بالاستفاضه، ولكن لايختص الثبوت بهما بل يجرى فى غيرهما ممّا تقدم آنفاً.

وذكر قدس سره انّه بناءً على اشتراط الإستفاضه المفيده للعلم واليقين فلا كلام فى الثبوت، وأمّا لو لم تكن مفيده إلاّ الظن الغالب فيمكن أن يقال فى وجه ثبوت الوقف بها، بأنّ الوقف للتأبيد فلو لم تسمع فى ثبوت الوقف هذه الاستفاضه لبطلت الوقوف مع توالى العصور لانقضاء الشهود الأصل، واعتبار شهود الفرع يختصّ بالشهود بشهاده شهود الأصل.

كما يمكن أن يقال فى وجه ثبوت النكاح بها، بأنّه لو لم يثبت النكاح بالاستفاضه لما صحّ لنا الحكم بأنّ خديجه عليهاالسلام زوجه النبى صلى الله عليه و آله ، كما لا يصحّ أن نقول بأنّها أمّ فاطمه عليهاالسلام ، و دعوى انّ ثبوت ذلک بالتواتر لا تفيد، فإنّ إخبار المخبرين فى الطبقات لابدّ من أن تنتهى إلى إخبار الطبقه المخبره بالواقعه المحسوسه لهم، ومن الظاهر أنّه لم تكن فى الطبقه الأولى حسّ بنكاحها أو باقرار النبىّ بالمشاهده والسماع بعدد التواتر، بل غايته الانتهاء إلى الاستفاضه، وذكر فى آخر كلامه انّ الثبوت بالاستفاضه أشبه بالصواب.

....

الشَرح:

و ذكر فى الجواهر: إنّ غرض المصنف من هذا الكلام غير ظاهر، فان كان المراد الاستفاضه الموجبه للعلم وانّ القاضى فى مقام القضاء يحكم بالنكاح والوقف، فهذا لايختص بالنكاح والوقف، وإن كان المراد الاستفاضه غير الموجبه للعلم، وانّ الحكم بهذه الاستفاضه يختص بهما فهذا أيضاً مشكل، لأنّ ثبوت النسب بها أولى منهما.

أقول: قد تقدم الحكم بالاستفاضه أو بالبينه القائمه بها قضاءً أو بنحو الافتاء، فلا نعيد.

ونقل قدس سره عن المسالک إنّ الاستفاضه فى تزويج خديجه عليهاالسلام كانت بحدّ التواتر فى الطبقه الأولى السامعين للعقد، فإنّ النبى صلى الله عليه و آله فى ذلک الوقت كان من أعلى قريش، وعمّه أبوطالب المتولى لتزويجه كان رئيس بنى هاشم وشيخهم ومن إليه مرجع قريش، وخديجه عليهاالسلام كانت من أجلاّء بيوتات قريش، وكانت خطبه أبى طالب فى المسجد الحرام بجمع من قريش ممن يزيد عددهم على عدد التواتر، وعلى ذلک فدعوى عدم استناد الطبقه الأُولى إلى سماع العقد ومشاهدته إلابحدّ الاستفاضه المفيده للظن الغالب ضعيفه.

وناقش فى هذا الكلام، بأنّ لحاظ التزويج فى بنات السلاطين وأولادهم يقضى أنّ علوّ المقام وشهره الشخص لا يستلزم سماع العقد العدد المعتبر فى التواتر، نعم دعوى كون الاستفاضه من الطبقه الأولى مفيده للعلم وإن لم يكن بحدّ التواتر، نظير الإستفاضه فى البلدان والملوک وغير ذلک صحيحه.

أقول: قد تقدم انّ الإستفاضه لوكانت بحيث ولو بملاحظه الأُمور الخارجه عنها، يوجب لكلّ من اطلع عليها الجزم بالواقع، يعدّ ذلک من حسّ الشىء بالأثر، فيصحّ الحكم بها والاعتماد على البيّنه القائمه بتلک الاستفاضه.

الثالثه: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهاده وأداؤها، ويبنى على مايتحققه الحاكم من اشارته[1]، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمه العارف باشارته، نعم يفتقر إلى مترجمين، ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً، لابشهاده المترجمين فرعاً.

الشَرح:

[1] يصحّ للأخرس تحمل الشهاده وأداؤها، ويلاحظ الحاكم مايفهم من اشارته، كمايلاحظ مايفهم من عباره غيره من الشهود، وان جهل الحاكم اشارته اعتمد على العارف بها، كما يعتمد على المترجم فيما كان شهاده الشاهد بلغه لا يعرفها الحاكم.

وذكروا أنّه يعتبر فى المترجم التعدّد، فإنّ الترجمه أيضاً تدخل فى الشهاده بما أظهر الآخر من مراده، ولكن قد تقدم عدم ثبوت دليل على اعتبار التعدد بعد كون الترجمه تفسيراً لاشارته أو ما يتلفظ به.

وكيف ما كان فلا تكون الترجمه من الشهاده على الشهاده بأن تحسب أنّها شهاده على شهاده الأصل بالواقعه، بل ثبوت الواقعه بشهاده الأصل، أى الأخرس أو غيره ممّن يترجم كلامه، ولذا يعتبر وقوع اشاره الأخرس فى محضر الحاكم، ولوكانت الترجمه من شهاده الفرع فلا تسمع، لأنّه يعتبر فى سماع شهاده الفرع عدم حضور شاهد الأصل مجلس الحكم.

ثمّ إنّه قد ذكر فى النافع والرياض انّ العارف باشاره الأخرس فى مقام الشهاده بإقراره يجب أن يشهد باشارته التى رآها منه، بأن يحكى نفس إشارته أوّلاً ثمّ يقول انّه أراد ذلک منها، وان اقتصر على ذكر ما فهمه من اشارته لا تسمع ترجمته، وعلّلوا ذلک باحتمال خطأ المترجم فى الفهم فيلزم الكذب فى اقراره.

وذكر فى الرياض: لعلّ مراد من علّل لزوم حكايه نفس الإشاره بأنّه لولاها لزم الكذب هو احتمال لزومه، ثمّ وجّه التعليل بلزوم الكذب بأن الاقرار معناه حقيقه هو

الثالث: مايفتقر إلى سماع والمشاهده، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجاره، فإنّ حاسه السمع يكفى فى فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفه اللافظ، ولا لبس فى شهاده من اجتمع له الحاستان.[1]

الشَرح:

الإخبار عن الحق باللفظ الدال عليه، واطلاقه على الإخبارعنه بالاشاره بنحو من المجاز، فلو اقتصر العارف ببيان نفس ما فهمه من اشاره الأخرس كان منصرف كلامه أنّه تكلّم بذلک، فيكون كذباً، بخلاف ما حكى اشارته أوّلاً، وردّه بأنّ كونه أخرس قرينه حال واضحه بأنّ المراد اشارته لا تكلّمه.

أقول: لا يخفى الشاهد باقرار الأخرس أو بغير اقراره لا يلزم عليه حكايه اشارته أوّلاً، كما لايلزم على المترجم لكلام من لايعرف الحاكم أو غيره لغته أن يحكى نفس ألفاظه أوّلاً، بل إخباره بأنّ المفهوم عند من يعرف إشاره الأخرس ذلک أو أنّ المفهوم من كلام المتكلم بلغه أخرى عند أهل محاوراته ذلک كفى فى الاعتماد عليه، مع كون المخبر عارفاً ثقه، واللّه العالم.

[1] الثالث من المستند فى تحمّل الشهاده ومشاهدته معاً، وهذا فى تحمّل الشهاده بالعقود والإيقاعات ونحوهما، فإنّ تحمل الشهاده بنفس العقد أو الإيقاع ونحوهما يكون بالسّماع والتعرف على العاقد والموقع يكون بالمشاهده، وعليه فلو اجتمع للشاهد حاستان فلااشكال فى شهادته تحملاً واداءً.

وأمّا الأعمى، فتقبل شهادته بالعقد والإيقاع، وأمّا بالاضافه إلى العاقد والموقع فلاتقبل إلاّ فى صورتين:

احدهما: ما إذا كان عند تحمّله الشهاده معرّفان يعرفانه العاقد أو الموقع، وفى هذه الصوره يجوز للأعمى الشهاده بالعقد وعاقده، ويحسب الأعمى من شاهد الأصل بالاضافه إلى العقد وعاقده، وهذا يجرى فى شهاده البصير أيضاً، فإنّه يجوز للبصير

أمّا الأعمى، فتقبل شهادته فى العقد قطعاً، لتحقّق الآله الكافيه فى فهمه فإن انضم إلى شهادته معرّفان جاز له الشهاده على العاقد، مستنداً إلى تعريفهما، كمايشهد المبصر على تعريف غيره، ولو لم يحصل ذلک وعرف هو صوت العاقد معرفه يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل لأنّ الأصوات تتماثل، والوجه أنّها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأنّا نتكلّم على تقديره.

الشَرح:

تعرّفه بمن يتحمّل الشهاده له بالمعرفان

وربّما يستدل على ذلک بصحيحه محمّد بن قيس قال: «سألت أباجعفر عليه السلام عن الأعمى تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا أثبت»(1)، فإنّ الإثبات يصدق مع التعرف بالعاقد كما ذكر.

ويظهر ذلک من صحيحه على بن يقطين عن أبى الحسن الأوّل قال: «لابأس بالشّهاده على اقرار المرأه، وليست بمسفره، إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأمّا إذاكانت لا تعرف بعينها ولايحضر من يعرفها فلا يجوز للشّهود أن يشهدوا عليها أو على اقرارها، دون أن تسفر وينظرون إليها».(2)

ولكن المحكى عن جماعه أنّه لا يجوز للأعمى أن يشهد فى صوره التعريف على العاقد مطلقاً، بل عليه أن يقول مثلاً: اشهد على زيد بتعريف فلان وفلان، ويحتمل أن يكون مراد الماتن أيضاً من عبارته ذلک، ففى الحقيقه تكون شهاده الأعمى بالاضافه إلى العاقد من شهاده الفرع، غايه الأمر لا يعتبر فى شهاده الفرع فى المقام التعدد، فالأعمى بانفراده يشهد بالشهاده على العاقد، حيث إنّ المعرّفين فى مفروض الكلام يحسبان شاهدين للعاقد أو الموقع، والاعمى يشهد بشهادتهما وعللوا عدم جواز شهاده الأعمى بالعاقد فى الفرض مطلقاً، بأنّ فى شهادته مطلقاً ايهاماً بعرفانه العاقد بنفسه و يقطع الطريق على الخصم فى الواقعه لو أراد الجرح فى شهود التعريف.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 42 من أبواب الشهادات، الحديث 1:296.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 43 من أبواب الشهادات، الحديث 1:297.

وبالجمله: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحمّلاً ومودّياً، عن علمه و عن الاستفاضه فيما يشهد به بالاستفاضه.

ولو تحمّل شهاده وهو مبصر ثمّ عمى، فإن عرف نسب المشهود أقام الشهاده، وإن شهد على العين وعرف الصوت يقيناً جاز أيضاً، أمّا شهادته على المقبوض فماضيه قطعاً وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عباره حاضرعنده.

الشَرح:

والثانيه: ما إذا أحرز الأعمى بنفسه وعرفه بصوته، ففى هذه الصوره، الصادق عليها الاثبات تسمع شهادته مطلقاً على العاقد والموقع، وان ناقش بعضهم كالشيخ فى الخلاف فى شهادته بالاضافه إلى العاقد، وذكر أنّها لاتقبل، لأنّ الأصوات تتماثل.

وفيه أنّ هذا خلاف الفرض اليقين بالعاقد وعرفانه كعرفان الأعمى ابنه وبنته وصديقه إلى غير ذلک.

أقول: إذا ذكر الأعمى فى شهادته أنّه قد أثبت العاقد والموقع، فهذا المقدار كافٍ فى قبول شهادته، كما هو ظاهر الصحيحتين، ولو فرض انّ الأعمى تحمّل الشهاده على المقبوض بيده إلى أدّى الشهاده عليه، فشهادته ماضيه قطعاً، فلا يرد فى الفرض ما ذكروا من المناقشه فى سماع شهادته فى الصورتين المتقدمتين.

ولكن ناقش فى المسالک فى هذا الفرض أيضاً بأنّ تحقق هذا الفرض وتصويره عسر، فاللائق أن يقال بعدم سماع شهاده الأعمى بالاضافه إلى ما يكون تحمّل الشهاده به بالمشاهده حسماً لباب الشبهه، نظير حسم مادّتها فى عدم قبول شهاده الفاسق.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ النهى عن سماع شهاده الفاسق مطلقاً لم يدع لسماع شهادته مورداً إلاّ بالاضافه إلى الإقرار على نفسه، وأمّا شهاده الأعمى فقد ورد الأمر بسماع شهادته إذا أثبت، سواء كان مورد اثباته فرضاً نادراً أم غير نادر، عسراً عليه أم لا، فلامورد للتأمّل فى سماع شهادته مع عدله واثباته، كما لا تأمّل فى قبول ترجمته إذا ترجم للحاكم عباره غيره ممن لايعرف الحاكم لغته.

ص :522

الطرف الثالث:

فى أقسام الحقوق

وهى قسمان: حقّ اللّه سبحانه، وحقّ الآدمى.

والأوّل منه: ما لا يثبت إلاّ بأربعه رجال، كالزنا واللواط والسحق[1]، وفى اتيان البهائم قولان، أصحّهما ثبوته بشاهدين.

الشَرح:

[1] اشتهر فى كلمات الأصحاب تقسيم الحقوق إلى حقوق اللّه وحقوق الآدمى، وذكروا أنّ فى حقوق اللّه سبحانه ما لايثبت إلاّ بأربعه رجال. وادعوا الإجماع بأنّ كلاً من الزنا واللّواط والمساحقه لا يثبت إلاّ بأربعه رجال.

ويشهد لاعتبار أربعه رجال فى الزنا الكتاب المجيد والروايات، بل الاعتبارمن ضروريات الفقه، قال اللّه سبحانه:«وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً»(1)، وقوله سبحانه: «وَاللاَّتِى يَأْتِينَ الْفَاحِشَهَ مِن نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ»(2)، وقال تعالى:«وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ».

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام عن على عليه السلام : «لايرجم رجل ولا امرأه حتى يشهد عليه أربعه شهود على الإيلاج والإخراج».(3)

1- (1) النور:4.
2- (2) النساء:15.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 2و1:371.

ويثبت الزنا خاصه بثلاثه رجال وامرأتين[1]، وبرجلين وأربع نساء، غير أنّ الأخير لا يثبت به الرجم، ويثبت به الجلد، ولايثبت بغير ذلک.

الشَرح:

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنّهم رأوه يدخل ويخرج»(1)، إلى غير ذلک، وهذا بالاضافه إلى الزنا.

وأمّا بالاضافه إلى اللواط، فقد ذكرنا أنّ الحكم متسالم عليه عندهم، ويمكن الاستدلال عليه بما ورد من ثبوته بالإقرار أربع مرات كالزنا، و ورد أيضاً بأنّ كل اقرار يحسب شهاده.

وفى صحيحه مالک بن عطيه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «بينما أميرالمؤمنين عليه السلام فى ملاءٍ من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أميرالمؤمنين إنى أوقبت غلاماً فطهرنى إلى أن قال: فلمّا كان فى الرابعه قال له: يا هذا إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله حكم فى مثلک بثلاثه أحكام فاختر أيّهن شئت؛ الحديث».(2)

وإذا انضم ذلک إلى ما ورد فى معتبره سعد بن ظريف فيأربع إقرارات اللّهمّ إنّى قد أثبت ذلک عليها أربع شهادات»، تكون النتيجه ثبوت اللواط بشهاده أربعه رجال.

ويمكن الاستدلال أيضاً إنّ مقتضى الآيه: «وَاللاَّتِى يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِسَائِكُمْ»(3)، عدم الفرق بين الزنا والسحق فى اعتبار استشهاد الأربعه، وإذا كان الاستشهاد كذلک معتبراً فى السحق فلايحتمل عدم جريانه فى ثبوت اللواط.

وأمّا اتيان البهيمه فلا يعتبر فى ثبوته الشهاده المزبوره، بل يؤخذ فيه بما ورد فى اعتبار البيّنه.

[1] يفترق الزنا عن اللواط والسحق بأنّ الزنا رجماً وجلداً يثبت بشهاده ثلاثه

1- (1) الوسائل: 18 الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 1 .
2- (2) المصدر نفسه: الباب 5 من أبواب حد اللواط، الحديث 5:423.
3- (3) النساء:15.

....

الشَرح:

رجال، فيما إذا انضم إليها شهاده إمرأتين، فمع الإحصان يرجم ومع عدمه يجلد، وإذا انضم شهاده أربع نساء إلى شهاده رجلين يجلد ولا يرجم، بلا فرق بين الاحصان وعدمه، كما عليه الأكثر بل المشهور.

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تجوز شهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولا يجوز فى الرجم شهاده رجلين وأربع نسوه، ويجوز فى ذلک ثلاثه رجال وامرأتان الحديث».(1)

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن شهاده النساء فى الرجم، فقال: إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان وإذا كان رجلان وأربع نسوه لم تجز فى الرجم».(1)

وإذا ثبت بشهاده ثلاثه رجال وشهاده امرأتين مع الإحصان، الرجم، ثبت الجلد بها مع عدم الاحصان، حيث انّ ظاهر الصحيحتين كون تلک الشهاده طريق إلى ثبوت الزنا، ولكن ظاهرهما عدم ثبوت الرجم بشهاده رجلين وأربع نسوه، وأمّا ثبوت الجلد بها فلا دلاله لهما على ذلک نفياً واثباتاً، ولكن يلتزم بأنّه يثبت بشهاده رجلين، مع أربع نسوه الجلد، بلا فرق بين الإحصان وعدمه.

ويشهد لذلک صحيحه أُخرى عن الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّه سئل عن رجل محصن فجر بامرأه فشهد عليه ثلاثه رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وان شهد عليه رجلان وأربع نسوه فلا تجوزشهادتهم ولايرجم ولكن يضرب حدّ الزانى».(3)

والمحكى عن الصدوق والعلامه فى المختلف وجمع آخر عدم ثبوت الجلد بشهاده رجلين وأربع نسوه، فإنّ هذه الشهاده إن كانت طريقاً إلى ثبوت الزنا وجب

1- (2) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:401.

....

الشَرح:

الرجم مع الاحصان، ومع عدم كونها طريقاً كما هو ظاهر الصحيحتين فلا موجب للجلد.

ولكن لا يخفى انّ ما ذكر لا يخرج عن طرح الصحيحه الأخيره بلا موجب.

وبالجمله: فمع شهاده رجلين وأربع نسوه يجلد الزانى، محصناً كان أو غيره.

لكن مع شهاده ثلاثه رجال وامرأتين يرجم مع الاحصان ويجلد بدونه، والمحكى عن بعض أصحابنا عدم ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين بل يتعين فى الرجم شهاده أربعه رجال، للأصل والآيه المباركه الداله على طريق ثبوت الزنا شهاده أربعه رجال، بعد معارضه الصحيحتين المتقدمتين بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل».(1)

وربّما يجاب بحمل هذه على التقيه، لأنّ عدم الثبوت مذهب أكثر العامه، وعن الشيخ قدس سره حملها عليها أو على اختلال شرائط الشهاده.

وربّما يقال: انّ الحمل على اختلال شرائط الشهاده ليس من الجمع العرفى، ومع المعارضه لا تصل النوبه إلى الترجيح بمخالفه العامه إلاّ بعدعدم الترجيح بموافقه الكتاب، وصحيحه محمد بن مسلم موافقه للآيات التى تدلّ على ثبوت الزنا بأربعه رجال وإلاّ يجلد القاذف.

بل الصحيح فى المقام الرجوع إلى ما ورد من الاطلاق فى روايه محمّد بن الفضيل، الّتيلا يبعد اعتبارها لكون المراد هو محمد بن القاسم بن الفضيل، قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهاده النساء فى النكاح أو طلاق أو رجم؟

1- (1) المصدر نفسه:الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 28: 264.

ومنه ما يثبت بشاهدين، وهو ما عدا ذلک، من الجنايات الموجبه للحدود[1] كالسرقه وشرب الخمر والردّه، ولايثبت شىء من حقوق اللّه تعالى بشاهد وامرأتين، ولابشاهد ويمين، ولابشهاده النساء منفردات ولو كَثُرن.

الشَرح:

قال: تجوز شهاده النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه، وليس معهنّ رجل، وتجوز شهادتهن فى النكاح إذا كان معهنّ رجل، وتجوز شهادتهن فى حد الزنا إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان، ولا تجوز شهاده رجلين وأربع نسوه فى الزنا والرجم، ولاتجوز شهادتهنّ فى الطلاق ولا فى الدم».(1)

فإنّه بعد فرض التساقط فى الصحيحتين وصحيحه محمّد بن مسلم بالاضافه إلى ثبوت الرجم، يؤخذ بإطلاق قوله عليه السلام فى هذه الروايه: «وتجوز شهادتهن فى حد الزنا»، فانّ مقتضاه عدم الفرق بين كون الزنا موجباً للجلد أو الرجم.

ولكن لا يخفى أنّ موافقه الكتاب فيأحد المتعارضين مرجّح، لا أنّ الكتاب مرجع بعد تسقاطهما، ليقال: إنّ مع وجود الإطلاق الدال على الثبوت لا تصل النوبه إلى الرجوع إلى الكتاب لوجود العام والمطلق الأخص.

والصحيح حمل صحيحه محمد بن مسلم على التقيّه، لأنّ مضمونها عدم ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين، لاعدم ثبوت الزنابها، ليكون موافقاً للآيات الداله اطلاقاتها على عدم ثبوت الزنا بغير شهاده أربعه رجال.

[1] الظاهر عدم الخلاف فى ثبوت غير ما ذكر من الزنا واللواط والسحق وغير اتيان البهيمه من سائر موجبات الحدّ والتعزير بشهاده رجلين، ويقتضى ذلک ما ورد فى اعتبار البينه مطلقاً، وخصوص ما ورد فى بعض الموجبات، ككون الشخص ساحراً أو زنديقاً أو سارقاً إلى غير ذلک.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 7:259.

. ...

الشَرح:

وأمّا عدم ثبوت الموجبات للحدود بشهاده النساء، فمضافاً إلى كونه مقتضى الأصل، يدلّ عليه غير واحد من الروايات، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام أنّه كان يقول: «شهاده النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا فى حدود، إلاّ فى الديون وما لايستطيع الرجال النظر إليه».(1)

فإنّ الاستثناء فيه قرينه على عموم المستثنى منه، فيؤخذ به فى الحدود، ومقتضاه عدم سماع شهادتهن فيها منفردات أو منضمات، ويرفع اليد عنه بالاضافه إلى ما ورد فى ثبوت الزنا بشهادتهن منضمات إلى الرجال على ما تقدم، كما يحمل عدم ثبوت النكاح بما إذا انفردن لما ورد فى سماع شهادتهن فيه.

وفى صحيحه العلاء عن أحدهما عليهماالسلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الهلال، وسألته هل تجوز شهادتهن وحدّهن؟ قال: نعم فى العذره و النفساء».(2) ومقتضاها عدم سماع شهادتهن فى غيرهما ومنه موجبات الحدود، و نظيرها صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته تجوز شهاده النساء وحدهن؟ قال نعم فى العذره والنفساء»(2)

وفى صحيحه جميل بن دراج عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلنا: أتجوز شهاده النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده»(4)، ومقتضاها عدم سماع شهادتهن فى غير القتل بلا فرق بين انفرادهن بالشهاده أو انضمامهن إلى الرجال، غايه الأمر يرفع اليد بالاضافه إلى انضمامهنّ إليهم فى ثبوت الزنا على ما تقدم.

والمراد بالقتل فيها بالاضافه إلى ثبوت الديه، وأمّا القود فلا يثبت بشهادتهنّ، كما يدلّ على ذلک وعدم سماع شهادتهن فى الحدود معتبره غياث بن إبراهيم عن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 42: 267.

2- (3) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 1:258.

....

الشَرح:

جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليه السلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الحدود ولا فى القود»(1)، وقد ذكرنا أنّه يرفع اليد عن اطلاق عدم الجوازصوره شهادتهنّ بالزنا مع الرجال.

وما فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل»(1)، ويحمل على القود، حيث لاينافى هذا التقييد بحمل صدرها على التقيه كما تقدم.

وهكذا الحال فى صحيحه ربعى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لاتجوزشهاده النساء فى القتل»(2)، ويمكن اتحاد هذه مع سابقتها، فهما روايه واحده.

وبالجمله، مقتضى هذه الروايات عدم سماع شهاده النساء فى الحدود فى غير الشهاده بالزنا، حيث تسمع فيه شهادتهن إذا انضمّت إلى شهاده الرجال على ما تقدم.

ولكن فى البين روايه مقتضاها سماع شهاده النساء مع الرجال فى جميع الحدود، وهى معتبره عبد الرحمان قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المرأه يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس، وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال».(3)

ولكن ما ورد فى ذيل الروايه لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ ما رواه فى التهذيب فى ذيل الروايه: «وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجل»(5)، وما رواه فى الاستبصار: «وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال»(6)، وقد أورد الحديث فى الكتابين عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن أبان عن عبدالرحمان.

1- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 21:262.

2- (3) التهذيب 6:270، الحديث 728.
3- (4) الاستبصار 3: 30 الحديث 100.

وأمّا حقوق الآدمى[1] فثلاثه، منها: ما لايثبت إلاّ بشاهدين، وهو الطلاق والخلع والوكاله والوصيه إليه والنسب ورؤيه الأهله، وفى العتق والنكاح والقصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

الشَرح:

فمن المحتمل أن يكون الصحيح هو ما فى الإستبصار فيكون ظاهراً فى اعتبار شهاده النساء مع شهاده الرجال، وهذا يختص بحد الزنا كما تقدم.

أضف إلى ذلک أن الكلينيأورد الحديث عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشا عن أبان عن عبدالرحمان بن أبى عبداللّه(1)، وليس فيه هذا الذيل ولم يعهد أيضاً العمل بالذيل بغير ما ذكرنا.

[1] قد تقدم أنّ المعروف فى كلماتهم تقسيم الحق إلى حق اللّه سبحانه وحق الآدمى، وما ذكروا من الضابط لكل من القسمين لا يرجع إلى وجه صحيح مستفاد من الخطابات الشرعيّه.

نعم الثابت فى بعض الموارد من قبيل الحق، بحيث يكون اقراره واسقاطه بيد المكلف، سواءٌ كان حقاً مالياً أم غيره، كالدين وحدّ القذف وحق القصاص والتغريم والرهن والشفعه والخيار غير ذلک، وقسم لا يقبل الإسقاط ولا رفع اليد عنه إلاّ بوجه خاص، كالنكاح والوقف ونظائرهما من العقد والإيقاع وغير ذلک.

وذكرنا الثبوت بشهاده العدلين فى كلّ مايحتاج إلى ثبوته، غير ما تقدم فى الزنا واللواط والمساحقه، فلابدّ من التعرض للموارد التى يثبت فيها الشىء بغير شهادتهما أيضاً بحسب ما يستفاد من الخطابات، سمّى الشىء بحق اللّه أو بحق الآدمى.

وقد قسّم الماتن ماسمّى بحق الآدمى إلى ثلاثه أقسام: الأوّل ما يثبت بشهاده عدلين خاصه، وذكر الطلاق والخلع والوكاله والوصيه إليه والنسب ورؤيه الأهله منها،

1- (1) الکافی7:392.

....

الشَرح:

وتردد فى العتق والنكاح والقصاص، وذكر أنّ الأظهر الحاقها بالقسم الثانى، وهو مايثبت بكل من شهاده العدلين وشهاده شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين، وعدّ فى هذا القسم الديون والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوضات، كالبيع والصرف والسلم والصلح والاجارات والمساقاه والرهن والوصيه له والجنايه التى توجب الديه، وتردد فى الوقف، وذكر انّ الأظهر ثبوته بشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وذكر القسم الثالث، وهو ما يثبت بشهاده الرجال والنساء، سواء اشترطت فى سماع شهادتهن انضمام الرجال أم لم يشترط.

أقول: ما ذكره قدس سره من عدم ثبوت الطلاق بغير شهاده عدلين هوالمشهوربين الأصحاب، والمحكى عن المبسوط أنّه قوّى ثبوته بشهاده النساء منضمات، وفى المسالک نسبته إلى جماعه، وفى كشف اللثام انّ الشهاده المعتبره فى اجراء الطلاق هى شهاده العدلين، وأمّاثبوته فى مقام المخاصمه بشهاده النساء منضمات محتمل.

وفيه: أنّ ثبوته كإجرائه يكون بشهاده العدلين خاصه، كماهو مقتضى ظاهر الروايات، كصحيحه محمد بن مسلم قال: «قال :لا تجوزشهاده النساء فى الهلال ولافى الطلاق»(1)، فإنّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين انفرادهن أو إنضمام شهادتهن.

وفى صحيحه حماد بن عثمان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لا تقبل شهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولايقبل فى الهلال ولا فى الطلاق إلاّ رجلان عدلان».(2)

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «انّه سئل عن شهاده النساء فى النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهنّ رجل، وكان على عليه السلام يقول: لا أجيزها فى الطلاق»(3)، إلى غير ذلک.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 8:260.

2- (2) المصدر نفسه: الحديث 17:262.
3- (3) المصدرنفسه:الحديث 2:258.

....

الشَرح:

وماذكر قدس سره فى الخلع فإنّه يدخل فى الطلاق، وقد تقدم مايدل على عدم ثبوته بغير شهاده العدلين ، بلافرق بين كون مدعى الخلع هوالزوج أو الزوجه، ولاينافى اشتمال الخلع على المال فإنّ المال تابع والمقصود منه البينونه.

قال فى كشف اللثام: لو اتفقا على الطلاق واختلفا فى أنّه بالخلع أو بدونه فلا شبهه فى أنّ النزاع فيالمال، إلاّ أن تكون المرأه هى المدعيه بالخلع لتبطل رجعه الزوجه، فيحتاج ثبوته أيضاً بشهاده العدلين.

أقول: يمكن أن يكون دعوى الزوج حصول البينونه بالطلاق، لئلاّ تستحق المرأه مطالبته بالنفقه أيام عدّتها، فالمخاصمه فى نفس حصول البينونه، فلا تسمع دعوى الزوج الخلع إلاّ بشاهدين ولو مع اتفاقهما على أصل وقوع الطلاق.

وكذا الحال فى دعوى الوكاله والوصايه إليه، فإنّهما من دعوى النيابه والولايه، بل الأمر كذلک فى مطلق الوصيه غير التمليكيه، لما تقدم من المطلقات الداله على عدم قبول شهاده النساء منفرده أو منضمه فى غير العذره والمنفوس وما لايستطيع الرجال النظر إليه.

وفى معتبره عبدالرحمان المتقدمه قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن المرأه يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس(1)، وهذه وان شملت الوصيه التمليكيّه أيضاً، إلاّ أنّه لو كانت المراد بالمرأه الجنس فيرفع اليد عن اطلاقها بالاضافه إلى الوصيه التمليكيّه، وإن كان المراد المرأه الواحده فيحمل المراد بالإضافه إلى الوصيه التمليكيّه على عدم ثبوت تمامها بقرينه ما يأتى.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 21و1718:262.

....

الشَرح:

وكذا الحال فى دعوى النسب ورؤيه الهلال، حيث ورد فى غير واحد من الروايات: «لا تجوز شهاده النساء ف(1)ى الهلال».

نعم فى موثقه داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لا تجوز شهاده النساء فى الفطر إلاّ شهاده رجلين عدلين، ولا بأس فى الصوم بشهاده النساء ولو امرأه واحده».(2)

ولكن ظاهرها جواز الصوم فيما إذا احتمل رمضان ولو بقول امرأه واحده، ولا بأس بالالتزام به، غايته يتبع فى الصوم ما ورد فى قصده على ما ذكر فى الصوم يوم الشک.

و بالجمله: ما ورد فى عدم قبول شهاده النساء فى الهلال يعمّ الهلال من رمضان أو غيره، كانت شهادتهن منضمه إلى شهاده رجل أم لا، ونظير ذلک دعوى النسب ولو كانت للارث، أو دعوى الوقف ونحوه، فإنّ مقتضى الإطلاق فيما تقدم عدم سماع شهاده النساء فيها بلا فرق بين ما انفردن فى شهادتهنّ أم لا.

لا يقال قد ورد فى صحيحه منصور بن حازم انّ أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهوجائز(3)، وفى مرسله يونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه :بشهاده رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه؛ الحديث»(4)، ومقتضاها قبول الشهاده لمدعى الحق، سواء كانت بشهاده عدلين أم شهاده رجل وامرأتين بدعوى النسب أو وقف المال.

1- (1) الوسائل: 18 ، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 21: 262 .
2- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 36:266.
3- (3) المصدر نفسه: الباب 15 من أبواب كيفيه الحاكم، الحديث1:197.
4- (4) المصدر نفسه:الحديث 2:198.

....

الشَرح:

فإنّه يقال: قد تقدم أنّ المراد بالحق فى مثل هذه الروايات دعوى الدين والمال، بأن يكون المدعى به فى دعواه هوالدين أو مطلق المال، فلايعمّ دعوى النسب والعتق والوقف حتّى ولو كان الغرض من دعوى النسب أوالوقف الوصول بالمال.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «لوكان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس»(1)، فإنّ المراد من حقوق الناس هو الدين أو مطلق المال كما تقدم ذلک فى بحث القضاء، وعلى تقدير الإطلاق فلاتعمّ شهاده المرأتين مع الرجل.

وأمّا بالاضافه إلى دعوى النكاح فتسمع شهاده النساء منضمّه إلى الرجل، وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن شهاده النساء فى النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل الحديث»(2)، وفى معتبره محمد بن الفضيل قال: «سألت أباالحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهاده النساء فى نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهاده النساء فيما لاتستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل، وتجوز شهادتهنّ فى النكاح إذا كان معهن رجل الحديث».(2)

وبهما يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على قبول شهاده النساء فى النكاح، بتقييده بما إذا كان معهن رجل، كماأن ماورد فى عدم قبول شهادتهن فى النكاح يقيّد بماإذا انفردن، كمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام أنّه كان يقول: «شهاده النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا فى حدود، إلاّ فى الديون وما لايستطيع الرجال النظر إليه».(4)

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث12:195.
2- (3) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 42:267.

. ...

الشَرح:

ويدل أيضاً على عدم سماع شهادتهن بانفرادهن فى النكاح روايه اسماعيل ابن عيسى قال: «سألت الرضا عليه السلام :هل تجوز شهاده النساء فى التزويج من غير أن يكون معهنّ رجل؟ قال: لا هذا لا يستقيم».(1)

نعم، قد ورد فى معتبره داود بن الحصين عن أبى عبداللّه عليه السلام فى النكاح قال: «سألته عن شهاده النساء فى النكاح بلا رجل معهنّ إذا كانت المرأه منكره، فقال: لابأس به، ثمّ قال: ما يقول فى ذلک فقهاؤكم؟ قلت: يقولون: لا تجوز إلاّ شهاده رجلين عدلين، فقال: كذبوا لعنهم اللّه هوّنوا واستخفّوا بعزائم اللّه و فرائضه وشدّدوا وعظموا ما هوّن اللّه، إنّ اللّه أمر فى الطلاق بشهاده رجلين عدلين، فأجازوا الطلاق بلا شاهدوا حد، والنكاح لم يجىء عن اللّه فى تحريمه عزيمه، فسنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى ذلک الشاهدين تأديباً ونظراً، لئلاّ ينكر الولد والميراث، وقد ثبتت عقده النكاح واستحلّ الفروج ولا أن يُشهد، وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهاده المرأتين فى النكاح عند الإنكار الحديث».(2)

ولكن لا يخفى عدم منافاتها لما تقدم، من اعتبار انضمامهن إلى شهاده رجل، فإنّ صدرها المزبور فيها عدم حضور الرجل ناظر إلى حصول عقد النكاح، وأنّه لاتشترط فيه الشهاده، ولذا يحصل العقد بلا شاهد، وقوله عليه السلام بعد ذلک: «وكان أميرالمؤمنين عليه السلام يجيز الخ»، ناظر إلى اثبات النكاح فى مقام المخاصمه، فيحمل بقرينه ماسبق على شهاده المرأتين فيما إذا كان معهن رجل.

أمّا القصاص، فهو أيضاً لا يثبت بشهاده النساء منفردات أو منضمات، وفى صحيحه الربعى: «لا تجوزشهاده النساء فى القتل»(3)، ونحوها صحيحه محمد بن

1- (1) المصدر نفسه:الحديث 39:266.
2- (2) المصدر نفسه: الحديث 35: 265.
3- (3) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 27:263.

....

الشَرح:

مسلم، وفى معتبره غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليه السلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الحدود ولا فى القود».(1)

وعلى مثل هذا يحمل ما ورد فى سماع شهادتهن فى القتل والدم على القبول بالاضافه إلى الديه، من غير فرق بين شهادتهنّ على موجب الديه أو موجب القصاص.

أمّا الأوّل، فإنّه مقتضى سماع شهادتهن فى القتل وعدم سماع شهادتهن فى القود، وأمّا الثانى فلأنّه أيضاً مقتضى الجمع بين ما دل على سماع شهادتهن فى القتل معلّلاً بأنّه لايبطل دم امرء مسلم، وبين ما دل على عدم ثبوت القود بشهادتهن.

وعن أبى الصلاح أنّه تقبل شهاده النساء فى الديه مطلقاً، ولو كانت فى البين شهاده امرأتين فقط يثبت نصف الديه ويثبت بشهاده المرأه الواحده ربع ديه قتل النفس.

ولعلّه استند إلى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى غلام شهدت عليه امرأه أنّه دفع غلاماً فى بئر فقتله، فأجاز شهاده المرأه بحساب شهاده المرأه».(2)

ورواها الصدوق أيضاً، إلاّ أنّه أسقط: «بحساب شهاده المرأه»(3)، ولكن الاختلاف المزبور لا يوجب خللاً فى الاستدلال بها، فإنّ عدم نقل الصدوق قدس سره لايدل على عدم الوجود.

مع انّه لابدّ من حمل قبول شهادتها على ذلک، فإنّ تمام الديه لا يثبت بشهاده امرأه واحده، والمرتكز من شهاده النساء إنّ شهاده أربع منهن تقوم مقام شهاده رجلين،

1- (1) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 26:263.
2- (2) الفقيه 3:52.

ومنها: مايثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وهو الديون [1]والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقودالمعاوضات، كالبيع، والصرف، والسلم، والصلح، والإجارات، والمساقاه، والرهن، والوصيه له، والجنايه التى توجب الديّه، وفى الوقف تردد، أظهره انّه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين.

الشَرح:

وشهاده امرأتين تقوم مقام شهاده عدل واحد، وعلى ذلک فقبول شهاده المرأه فى الديه نظير شهادته فى الوصيه التمليكيّه تثبت ربعها، كما أنّ الأمر كذلک بالاضافه إلى شهاده القابله باستهلال المولود.

ويدل عليه أيضاً روايه عبداللّه بن الحكم الّتى لضعفها سنداً قابله للتأييد قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن إمرأه شهدت على رجل أنّه دفع صبياً فى بئر فمات، قال: على الرجل ربع ديه الصبى بشهاده المرأه».(1)

[1] لا خلاف فى ثبوت الدين بشهاده رجلين، وبشهاده رجل وامرأتين، وشهاده رجل مع يمين المدعى، وبشهاده المرأتين مع يمينه، وسماع شهاده المرأتين مع شهاده الرجل، مقتضى ظاهر قوله سبحانه: «فَإِن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجِلٌ وَامْرَأَتَانِ».(2)

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن شهاده النساء فى النكاح، فقال: «لا تجوز، إذا كان معهن رجل وكان على عليه السلام ليقول: لا أجيزها فى الطلاق، قلت: تجوز شهاده النساء مع الرجل فى الدين؟قال: نعم».(3)

وكذا لاخلاف في سماع شهاده الرجل مع يمين المدعى فى الديون، وكذلک فى شهاده المرأتين مع يمين المدعى فيها.

1- (1) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 33:265.
2- (2) البقره :282.
3- (3) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 2:258.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام :انّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله أجاز شهاده النساء مع یمین الطالب فی الدین یحلف باللّه إنّ حقّه لحق»(1)، کما تقدم ذلک فی بحث القضاء، وذکرنا انّ الأظهر ثبوت دعوی العین أیضاً بشاهد ویمین، کما یشهد له صحیحه عبدالرحمان بن الحجاج الوارده فی درع طلحه، فإنّ دلالتها علی ثبوت أخذ درع طلحه غلولاً، الّذی یدخل فی دعوی الغصب بشاهد و یمین لا بأس بها.

ولایبعد أیضاً الالتزام بثبوت دعوی کلّ معامله یکون الغرض من دعواها المطالبه بالمال عیناً أو دیناً، أو منفعه کالبیع والإجاره، والمصالحه المالیّه والمضاربه والمزارعه والمساقاه والرهن والوصیه التملیکیّه والجنایه الموجبه للدیه ودعوی حق الشفعه والرهن والخیار ممایعدّ ذلک من حقوق الناس.

ویمکن لأربابها رفع الید عن حقهم بالإسقاط والإبراء والتملیک والأعراض، أخذاً بصحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس».(2)

وان تقدّم سابقاً احتمال اختصاص السماع بموارد دعوی العین أو الدین، فإنّه لافرق بین دعوی العین أو الدین ابتداءً، أو دعوی ما یکون الغرض منه العین أو الدین کالمعاوضات الماله ونحوها.

والمشهور انّ شهاده رجل وامرأتین، أو شهاده المرأتین مع یمین المدعی أیضاً کذلک تثبت بها الدعاوی الماله علی غرار ما تقدم فی شهاده رجل مع یمین المدعی.

وربّما یستدل علی ذلک بروایه منصور بن حازم المعبّر عنها فی الجواهر

1- (1) المصدر نفسه :الباب 15 من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث 3:198.
2- (2) الوسائل :18 الباب 14 من أبواب کیفیه الحکم، الحدیث 12:196.

....

الشَرح:

بالصحيحه قال: «حدثنى الثقه عن أبى الحسن عليه السلام قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز»(1)، بدعوى أنّه إذا ثبت دعوى الحق بشهاده امرأتين مع يمين المدعى يكون ثبوته بشاهد والمرأتين بالفحوى.

وفى مرسله يونس: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه: بشهاده رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه».(2)

ولكن لايخفى انّ الشيخ روى روايه منصور باسناده إلى محمد بن عبدالحميد، وسنده إليه على ما فى الفهرست: اخبرنا بكتابه جماعه عن أبى المفضل عن ابن بطه عن أحمد بن أبى عبداللّه عنه، وأبوالمفضل الشيبانى ضعيف وفى ابن بطه كلام و روايه يونس مع انّه لم يرد فيها شهاده المرأتين مع يمين المدعى ضعيفه بالإرسال.

ودعوى انجبار ضعفهما بعمل المشهور لايمكن المساعده عليها، فلعلّ المشهور رأوا انّ شهاده المرأتين مع الرجل تقدّم على شهاده رجل مع يمين المدعى كما هو ظاهر معتبره داود بن الحصين، وإذا قبلت شهاده المرأتين مع الرجل فى النكاح الذى لايثبت بشاهد ويمين وكانت شهاده المرأتين مع الرجل مقدّمه على شهاده رجل ويمين المدعى، فاستفادوا اعتبار شهاده المرأتين مع الرجل فى كل مورد تسمع شهاده رجل مع يمين المدعى، وعليه فثبوت الدعوى فى غير الدين بشهاده المرأتين مع الرجل أو مع يمين المدعى مشكل.

1- (1) المصدرنفسه:الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 31:264.
2- (2) المصدر نفسه: الباب 15 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 2:198.

الثالث: مايثبت بالرجال والنساء، منفردات ومنضمات، وهو: الولاده والاستهلال، وعيوب النساء الباطنه[1]، وفى قبول شهاده النساء منفردات فى الرضاع خلاف، اقربه الجواز، وتُقبل شهاده امرأتين مع رجل فى الديون والأموال، وشهاده امرأتين مع اليمين، ولا تقبل فيه شهاده النساء منفردات ولو كثرن، وتقبل شهاده المرأه الواحده فى ربع ميراث المستهِل، وفى ربع الوصيه، وكل موضع تُقبل فيه شهاده النساء لا تقبل بأقل من أربع.

الشَرح:

وروايه منصور وان رواها الكلينى(1) والصدوق (قدّس سرهما)، إلاّ أنّ فى سند الكلينى ارسال حيث رواها عن بعض أصحابنا، وفى سند الصدوق قدس سره محمد بن على ماجيلويه».(2)

ولو بنى على اعتبار الروايه لكون محمد بن على ماجيلويه ممّن أكثر عنه الصدوق قدس سره الروايه، مع التزامه بأنّه لايروى فى الفقيه إلاّ ما يكون حجه بينه وبين ربّه أو أنّه من المعاريف ولم يرد فيه قدح، فدلالتها أيضاً لا يخلو عن تأمّل، لما تقدم فى بحث القضاء من انصراف الحق فى الروايات إلى الدين، وهذا غير ماورد فى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه من حقوق الناس، حيث ذكرنا انّه لا يبعد العموم فيه بالاضافه إلى جميع الحقوق والدعاوى الماليه.

[1] الثالث من حقوق الآدمى مايثبت بشهاده النساء منفردات ومنضمات إلى الرجال عيوب النساء الباطنه لا الظاهره كالعرج، وكذا كلّ ما لايجوز للرجال النظر إليه، بلا خلاف ظاهر أو معروف، بالاضافه إلى شهادتهنّ منفردات.

كما يشهد صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: لا تجوز شهاده النساء فى رؤيه الهلال، ولايجوز فى الرجم شهاده رجلين وأربع نسوه، ويجوز فى ذلک ثلاثه رجال وامرأتان، وقال: تجوز شهاده النساء وحدهنّ بلا رجال فى كلّ ما

1- (1) الکافی7:368.
2- (2) الفقیه3:55، المشیخه4:434.

. ...

الشَرح:

لا يجوز للرجال النظر إليه».(1)

فى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام أنّه كان يقول: «شهاده النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا فى حدود، إلاّ فى الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه».(2)

ويشمل فيما لايستطيع الرجال النظر اليهن العذره، فانّها تثبت بشهادتهن بلاخلاف، وفى صحيحه العلاء عن أحدهما عليهماالسلام قال: «لا تجوز شهاده النساء فى الهلال، وسألته: هل تجوزشهادتهن وحدهن؟ قال: نعم فى العذره والنفساء»(3)، نحوها صحيحه محمد بن مسلم(4)وغيرها، وهذا كلّه بالاضافه إلى شهادتهن منفردات.

وأمّا بالاضافه إلى شهادتهن منضمات، كما إذا شهد امرأتان مع رجل واحد أو شهد رجلان بالعيب الخفى، وكذا الولاده واستهلال، فقد نسب جواز السماع إلى المشهور ولعلّه لإعتبار الإطلاق فى اعتبار البيّنه وانّ الأصل فى الشاهد الرجل.

وذكر فى الجواهر أنّه لم يتحقّق فى ذلک خلافاً، وان حكى عن القاضى عدم جواز انضمام الرجل إلى شهادتهن، واحتمل أن يكون مراده عدم الجواز عند عدم الضروره على الأجانب وغير الزوج، كما إذا إدعت المرأه أنّها بكر فإنّه لا يجوز النظر لغير النساء، فإنّ الرجل مع النظر يخرج عن العداله فلا يجوز شهادته، وأمّا مع الضروره على الأجانب أو ما إذا حصل الاطلاع عليه بنحو الاتفاق من غير تعمّد، نظير الاطلاع

1- (1) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 10:260.
2- (2) المصدرنفسه: الحديث 42:267.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 18:262.
4- (4) المصدر نفسه: الحديث 19:262.

....

الشَرح:

على حصول الزنا بالإدخال والإخراج، أو ما إذا حصل الاطلاع قبل عدالتهم، فهذا غير داخل فى مراده وعلى تقدير الدخول فهو ضعيف.

أقول: الكلام فى أنّ ظاهر الروايات الوارده فى سماع شهادتهن فيما لايستطيع الرجال النظر إليه بيان الطريق إلى ثبوت ذلک الأمر، وهذا الطريق اعتباره توسعه لما دلّ على أنّ القضاء يكون بالبيّنه وشهاده العدلين، أو أنّ ظاهرها تعين شهادتهن فيه وفى صحيحه زراره عن أحدهما عليهماالسلام : «فى أربعه شهدوا على امرأه بالزنا فقالت: أنا بكر، فنظر إليها النساء فوجدنها بكراً، فقال: تقبل شهاده النساء».(1)

ولو كانت شهاده الرجال أصلاً وقبول شهاده النساء للتوسعه لما كان وجه لقبول شهادتهن وطرح شهاده الرجال بالزنا، اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ ذلک لاندفاع الحدّ بالشبهه.

وبالجمله: فيمكن أن يكون عدم اطلاع الرجال على مثل العذره نوعاً أو عدم جواز النظر إليها للرجال كذلک موجباً لأن يعتبر الشارع شهاده النساء فيها طريقاً.

ولاينافى ذلک اعتبار البيّنه أيضاً، أخذاً بقوله صلى الله عليه و آله : «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان»(2) وظاهر البيّنات شهاده العدلين، نعم هذا لايفيد بالاضافه إلى شهاده امرأتين مع رجل فيها كما لايخفى.

وأمّا قبول شهادتهن فى الرضاع، فهو منسوب إلى الأكثر، وفى المبسوط روى أصحابنا لا تقبل شهاده النساء فى الرضاع، وادّعى انّه يمكن اطلاع الرجال عليه.

ولكن مع ذلک الأظهر جواز شهاده النساء فيه كما يشهد له صحيحه عبداللّه بن سنان، حيث ورد فيها: «تجوز شهاده النساء وحدهنّ بلا رجال فى كل ما لايجوز للرجال

1- (1) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 44:267.
2- (2) الوسائل :18 الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:69.

....

الشَرح:

النظر إليه».(1)

فإنّ الوارد فيها اعتبارعدم جواز النظر للرجال، وليس المراد عدم جواز النظر لأىّ رجل حتى زوج المرأه، بل ظاهرها عدم جواز النظر من الأجانب، وهذا يجرى فى الرضاع أيضاً، إلاّ أن يدعى انصرافها أيضاً إلى مثل العذره والمنفوس، ولكن يمنعها أنّ المتعارف عند النساء الإرضاع باستشهاد النساء، وهذا هو الموجب لدخوله فيما ورد فى الصحيحه وغيرها.

بقى فى المقام أمور:

الأول: أنّه قد تقدم سماع شهاده المرأه فى ميراث المستهل، وكذا فى الوصيه التمليكيّه والديه، وانّ الثابت فى الثلاثه بشهاده إمرأه واحده ربعها، وبالاثنتين نصفها، وبالثلاث ثلاثه أرباعها، وبالأربع تمامها، فهل يعتبر فى الشهاده فى ميراث المستهل كونه قابله أم يعمّ غيرها؟

فالظاهر عدم الخلاف فى عدم اعتبار كونها قابله، وذلک بشهاده صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: تجوز شهاده القابله فى المولود إذا استهلّ وصاح فى الميراث، ويورث الرّبع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده، قالت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث».(2)

فإنّ ما فى الذيل: «لو كانت امرأتين»، شاهد لعدم اعتبار كون المرأه قابله، وكذلک ما ورد فى الروايات من جواز شهاده النساء بكل ما لايستطيع الرجال النظر إليه، والمستهل يدخل فيها، وكذا ما ورد فى جواز شهادتهنّ بالمنفوس.

1- (1) المصدر نفسه :الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 10:260.
2- (2) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 45:269.

....

الشَرح:

وبالجمله: ذكر القابله فى الشهاده على المستهل فى جمله من الروايات لاعتبار الغلبه، من حيث الإطلاع على حال المولود فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق فى غيرها.

الثانى: إنّ ما تقدم فى اعتبار الشهادات فى الحقوق وما يعتبر فى الشاهد فيها من الوصف والعدد، فيما إذا لم يحصل للحاكم العلم بواقع الأمر من شهاده الفاقد للوصف أوالعدد ولو بضميمه القرائن التى تلاحظها معها، وإلاّ بأن حصل له اليقين بالواقع فيجوز له الحكم، على ماتقدم فى بحث القضاء من جواز الحكم للحاكم بعلمه، والظاهر أيضاً عدم الفرق بين حقوق الناس و حقوق اللّه سبحانه، واللّه سبحانه هو العالم.

الثالث: قد تقدّم انّه يثبت بشهاده المرأه الواحده ربع الموصى به للموصى له بلا خلاف ظاهر، وتدلّ عليه عدّه روايات.

منها صحيحه ربعى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شهاده إمرأه حضرت رجلاً يوصى فقال: «يجوز فى ربع ما أوصى بحساب شهادتها»(1)، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى وصيه لم يشهدها إلاّ امرأه، فقضى أن تجاز شهاده المرأه فى ربع الوصيه»(2)، وفى صحيحته الأخرى: «قال أبوجعفر عليه السلام فى وصيه لم يشهدها إلاّ امرأه أن تجوز شهاده المرأه فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها».(3)

1- (1) التهذيب 6:268، الحديث 718، الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 16:262.
2- (2) الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 15:261.
3- (3) الوسائل :13 الباب 22 من أحكام الوصايا، الحديث 3:396.

....

الشَرح:

ولكن فى مقابل هذه الروايات روايه إبراهيم بن محمد الهمدانى قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبى الحسن عليه السلام : امرأه شهدت على وصيه رجل لم يشهدها غيرها، وفى الورثه من يصدّقها ومن يتّهمها، فكتب: لا إلاّ أن يكون رجل وامرأتان وليس بواجب أن تنفذ شهادتها».(1)

ولكن مع امكان المناقشه فى سندها يقيّد الإطلاق فى ناحيه عدم نفوذ شهادتها بتمام الوصيه، كما يقيّد اطلاق المستثنى فيها بما إذا لم تكن رجل وامرأتان أو أربع نسوه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن أبان عن عبداللّه بن سنان أو عبداللّه بن سليمان قال: «سألته عن إمرأه حضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه أتجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلاّ فى المنفوس والعذره».(2)

و وجه الظهور إنّه لم يفرض فيها الوصيه التمليكيّه فتحمل على غيرها، أضف إلى ذلک أنّ الروايه مضمره ولم يحرز أنّ السائل هو عبداللّه بن سنان ليقال إنّه لا يسأل غيرالإمام عليه السلام ، وعلى ذلک فالروايه ساقطه عن الاعتبار.

وفى صحيحه الحلبى قال: «سئل أبوعبداللّه عليه السلام عن امرأه إدّعت أنّه أوصى لها فى بلد بالثلث وليس لها بينه؟ قال: تصدّق فى ربع ما ادّعت».(3)

وظاهرها قبول دعوى المرأه فى الوصيه له بلابينه بالاضافه إلى ربع مدّعاها، ولم

1- (1) التهذيب 6: 268، الحديث 719، الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 34:265.
2- (2) التهذيب 6: 270، الحديث 731، الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 24:263.

3- (3) الوسائل: 13، الباب 22 من أحكام الوصايا، الحديث 5:396.

....

الشَرح:

يعهد العمل بها أو سماع دعوى شخص بلابينه وحلف والحكم بثبوتها فى بعضها.

بقى فى المقام أمر، وهو: أنّ ما رواه الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد قد ورد فيها: «لا تجوز شهادتها إلاّ فى المنفوس والعذره»(1)، ويستظهر من ذلک قبول شهاده المرأه الواحده فى العذره، وقد ذكر فى التحرير الاكتفاء فى ثبوت العذره بشهاده المرأه الواحده.

ولكن لا يخفى عدم امكان المساعده على ذلک، أمّا أوّلاً: فلما ذكرنا من أنّ الروايه مضمره، وثانياً لم يظهر انّ المراد ممّا ذكر فى السؤال وليس عندها إلا امرأه هو معنى النكره، بل الظاهر انّ المراد الجنس، وغرض السائل عدم حضور الرجل بل الحاضر عند وصيتها المرأه، فتحمل على التعدد، بقرينه ما تقدم ممّا ورد فى قبول شهاده النساء وحدهنّ فى العذره ونحوها.

الرابع: كل مورد تقدم سماع شهاده النساء فيه منفردات، فلا تقبل شهاده الأقل من الأربع، حيث إنّ المرتكز فى الأذهان الناشىء عن الخطابات الشرعيّه كون شهاده المرأتين تساوى شهاده رجل واحد، خصوصاً بقرينه التقسيط الوارد فى شهاده المرأه الواحده باستهلال المولود، وفى شهادتها فى ديه القتل و فى الوصيه التمليكيه.

ولكن المحكى عن المفيد قدس سره ، من أنّه تقبل شهاده امرأتين مسلمتين مستورتين فيما لايراه الرجال كالعذره وعيوب النساء والنفاس والحيض والولاده والاستهلال والرضاع، وإذا لم يوجد إلاّ شهاده امرأه واحده مأمونه قُبلت شهادتها.

وعن المراسم مايقرب من ذلک، وقد تقدم حكايه الاكتفاء بشهاده امرأه واحده

1- (1) التهذيب 6: 270، الحديث 731، الوسائل :18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 24:263.

مسائل: الأولى: الشهاده ليست شرطاً فى شىء من العقود إلاّ فى الطلاق[1]، ويستحب فى النكاح والرجعه، وكذا فى البيع.

الشَرح:

فى العذره عن العلاّمه فى التحرير.

أقول: أمّا ما عن التحرير، فقد تقدّم عدم امكان المساعده عليه، ولعلّ المنشأ لما ذكروا هو ما ورد فى روايه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهاده امرأتين فى استهلال»(1)، وما ورد فى صحيحه الحلبى أنّه سأل أباعبداللّه عليه السلام عن الشهاده القابله فى الولاده قال: «تجوز شهاده الواحده».(2)

ولكن ذكرنا سابقاً أنّه يتعين الحمل على القبول بالاضافه إلى ربع الميراث، بدلاله صحيحه عبداللّه بن سنان المتقدمه قال: «سمعت أباعبداللّه عليه السلام يقول: تجوز شهاده القابله فى المولود إذا استهلّ وصاح فى الميراث، ويورث الربع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث.(3)

[1] لا خلاف عندنا فى اعتبار الإشهاد فى الطلاق، فلايحصل إلاّ بايقاعه عند حضور عدلين، ولا تكفى شهاده النساء منضمه إلى الرجل فضلاً عن انفرادهن، ويدلّ على ذلک قوله سبحانه: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنكُمْ»(4)، ولو بملاحظه ما ورد فى تفسيره.

وفى صحيحه زراره ومحمد بن مسلم وبكير وبريد وفضيل وإسماعيل الأزرق ومعمر بن يحيى عن أبى جعفر وأبى عبداللّه عليهماالسلام فى حديث أنّه قال: «وإن طلّقها فى

1- (1) الوسائل: 18 الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 41:267.
2- (2) المصدرنفسه:الحديث 2:258.
3- (3) المصدر نفسه: الحديث 45:268.

4- (4) الطلاق :2.

....

الشَرح:

استقبال عدّتها طاهراً من غير جماع و لم يشهد على ذلک رجلين عدلين فليس طلاقه إيّاها بطلاق».(1)

وصحيحه أحمد بن محمد بن أبى نصر قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلّق امرأته بعد ما غشيها بشهاده عدلين؟ قال: ليس هذا طلاقاً، قلت: فكيف طلاق السنّه؟ قال: يطلّقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين كما قال اللّه عزّوجلّ فى كتابه، فإن خالف ذلک ردّ إلى كتاب اللّه، قلت: فإن طلّق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين، قال: لا تجوز شهاده النساء فى الطلاق الحديث»(2)، إلى غير ذلک.

ثمّ إنّه كمايعتبر الاشهاد فى الطلاق كذلک يعتبر فى الظهار، حيث لايترتب على الظهار حكم إلاّ إذا كان فى حضور شاهدين، ولم يتعرض لذلک الماتن قدس سره ، ولعلّه لعدم صحته وان يترتب عليه الحكم.

وفى تعرضه للطلاق بصوره الإستثناء من العقد ما لايخفى، ولعلّه بمعنى العهد والإلتزام، وفى صحيحه حمران عن أبى جعفر عليه السلام : «لايكون ظهار فى يمين ولا فى اضرار ولا فى غصب، ولا يكون ظهار إلاّ فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين»(3) ونحوها غيرها.

وأمّا عدم اعتبار الإشهاد فى غيرهما من العقود والايقاعات، فإنّه مقتضى الاطلاق فيما ورد فى امضائها مع عدم قيام دليل على اعتبار الإشهاد، بل ورد النص فى بعضها على نفى اعتباره فيه كالنكاح، حيث ورد فى معتبره داود بن الحصين(4) المتقدّمه

1- (1) الوسائل :15 الباب 10 من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث 3و4:282.
2- (2) الوسائل: 15، الباب 2 من كتاب الظهار، الحديث 1: 509.
3- (3) الوسائل: 15، الباب 2 من كتاب الظهار، الحديث 1:509.
4- (4) المصدر نفسه: 18، الباب من أبواب الشهادات.

الثانيه: حكم الحاكم يتبع للشهاده، فإن كانت مُحقّه نُفّذ الحكم باطناً وظاهراً[1]، وإلاّ نفّذ ظاهراً، وبالجمله الحكم ينفذ عندنا، ظاهراً لاباطناً، ولايستبيح المشهود له ماحكم له، إلاّ مع العلم بصحّه الشهاده أو الجهل بحالها.

الشَرح:

استحبابه فيه وعدم اعتباره فى صحته.

وكذلک لا يعتبر الاشهاد فى الرجعه فى الطلاق الرجعى، ولكنّه مستحب، وفى صحيحه زراره ومحمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إن الطلاق لايكون بغير الشهود، وإن الرجعه بغير شهود رجعه، ولكن ليشهد بعد فهو أفضل»(1)، وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الذى يراجع ولم يشهد قال: «يشهد أحب إلىّ ولا أرى بالذى صنع بأساً».(2)

ولايبعد أن يكون الأمر بالإشهاد فى البيع والدين كذلک، وان يحتمل كونه لمجرد الارشاد إلى قضيه الإثبات عند وقوع المخاصمه والإنكار.

[1] قد تقدّم فى بحث القضاء إنّ مشروعيه القضاء ونفوذه لأنهاء الخصومه وفصلها ولايوجب تغيّراً فى الواقع، فمن حكم له بحق ماليأو بغيره إنّما يكون له الحق واقعاً مع ثبوته له فى الواقع مع قطع النظر عن القضاء وما هو مستنده من شهاده الشهود.

وبتعبير آخر منشأ القضاء للقاضى من شهاده الشهود يعتبر طريقاً إلى الواقع والقضاء المستند إليها أو غيرها ينفذ على المتخاصمين، فلا يجوز لهما تجديد المخاصمه بعد ذلک ولو عند قاضٍ آخر، وعلى ذلک فيجوز لمن حكم له بحق مالى أو غيره أن يطالب خصمه بهً فيما إذا علم كونه محقّاً أو احتمله.

وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله

1- (1) المصدر نفسه: 15، الباب 13 من أبواب أقسام الطلاق، الحديث 3و2:318.
2- (2) المصدر نفسه: 15، الباب 13 من أبواب أقسام الطلاق، الحديث 3و2: 318.

الثالثه: إذا ادّعى من له أهليّه التحمل وجب عليه [1]، وقيل: لايجب، والأوّل مرويّ والوجوب على الكفايه، ولايتعيّن إلاّ مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمّل، أمّا الأداء فلاخلاف فى وجوبه على الكفايه، فإن قام غيره سقط عنه، وان امتنعوا الشَرح:

إنّما أقضى بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم الحن بحجّته من بعض، فأيّما رجل قُطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له به قطعه من النار».(1)

وهذه صريحه بعدم تغيّر الواقع بمدرک القضاء بشهاده الشهود وغيرها ولابنفس القضاء، بلافرق بين القضاء فى الأموال أو بغيرها، وما ذكر فى ذيلها من الأمر الراجع إلى المال تفريع على كبرى عدم تغير الواقع بالقضاء.

والمحكى عن أبى حنيفه نفوذ القضاء واقعاً وظاهراً مطلقاً، وفيه مالايخفى، من استلزامه تحليل الحرام الواقعى وتجويز نكاح المحارم ونحوه، ممّا هو بديهى البطلان.

وقد ذكرنا أنّه فيمن حكم له بالمال له إلزام خصمه بذلک المال، ولايبعد إلزامه بقيام الشاهدين وشهادتهما ولوعند غيرالحاكم لاعتبار شهادتهما، ولا يفرّق فى ذلک بين علمه بحقّه او احتماله.

نعم، إذا توقف ثبوت حقّه على حلفه، كما إذا كانت دعواه على الميت بالدين فلا يجوز له الإلزام، كما لا يجوز للقاضى أن يقضى بدون حلف المدعى المزبور عدم جواز الحلف له لعدم علمه بحقّه.

[1] المشهور قديماً وحديثاً عند الأصحاب على ما قيل، انّ من له أهليه تحمّل الشهاده إذا دعى لتحمّلها وجب عليه الحضور والتحمّل، مع عدم لزوم ضرر غير مستحق عليه، لقوله سبحانه: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا»(2)، بقرينه ما ورد فى

1- (1) الوسائل: 18 الباب 2 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1:169.
2- (2) البقره:82.

لحقهم الذم والعقاب، ولو عدم الشهود إلاّ إثنان تعيّن عليهما، ولا يجوز لهما التخلف، إلاّ تكون الشهاده مُضرّه بهما ضرراً غير مستحقّ.

الشَرح:

الروايات، من أنّ المراد الدعوه إلى التحمّل.

وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا» قال: «قبل الشهاده وقوله: «وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»(1) قال: بعد الشهاده».(2)

وفى مصحّحه أبى الصباح عن أبى عبداللّه «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا» قال: «لاينبغى لأحد إذا دعى إلى شهاده ليشهد بها أن يقول: لا أشهد لكم عليها».(3)

وفى صحيحه الحلبى أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا».

فقال: «لاينبغى لأحد إذا دعى إلى شهاده يشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم، وقال: فذلک قبل كتابه»(4)، يعنى كتابه الدين.

وفى موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوْا» فقال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهاده ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم»(5)، إلى غير ذلک.

والتعبير بلاينبغى فى جمله من الروايات لا ينافى وجوب الإجابه، فإنّ ما يذكر من ظهور لا ينبغى فى الطلب غير الالزامى اصطلاح متأخر، ومعناه اللغوى لو لم يكن هو الالزام فلا ينبغى التأمّل فى أنّه لا ينافيه، نظير ما ذكر فى معنى الكراهه.

1- (1) البقره: 283.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب الشهادات، الحديث 1و2و4و5:225.

3- (3)الوسائل: 18 الباب 1من أبواب الشهادات، الحديث 1و2 و4 و 5: 225.
4- (4) الوسائل :18 الباب 1 من أبواب الشهادات، الحديث 1و2و4و5:225.

....

الشَرح:

وما ذكر فى الجواهر، من أنّه يحتمل قريباً أن يكون المراد من النهى عن الاباء عن التحمّل كراهته، بقرينه سائر ما ذكر فى الآيه المباركه، من النهى عن الاباء عن الكتابه والتسائم، والتعبير فى الروايات بلا ينبغى، وأنّه يظهر من الصدوق قدس سره المفروغيه من عدم وجوب التحمل، حيث روى فى نوادر الشهادات من الفقيه: «وقيل للصادق عليه السلام : إنّ شريكاً يردّ شهادتنا، فقال: لاتذلّوا أنفسكم»(1)، وذكر بعد ذلک قوله: قال مصنّف رحمه الله هذا الكتاب : ليس يريد بذلک النهى عن اقامتها، لأنّ اقامه الشهاده واجبه، وإنّما يعنى تحمّلها، يقول: لا تتحمّلوا الشهادات فتذّلوا أنفسكم باقامتها عند من يردّها».(2)

لايمكن المساعده عليه لما ذكر، من أنّ التعبير بلا ينبغى لا ينافي الوجوب أو حرمه الإباء، وما ذكر فى الآيه من النهى عن الاباء عن الكتابه أو التسائم لا يكون موجباً لرفع اليد عن ظهور المنع عن الاباء عن التحمل فيما إذا دعى إليه، وما نقل من كلام الصدوق قدس سره لا يوجب أيضاً رفع اليد، نعم كلامه يدلّ على عدم وجوب التحمل أصلاً كما هو مقتضى تعليله عدم اراده الاداء بأنّ اقامه الشهاده واجبه.

وبما أنّ ظاهر الآيه انّ النهى عن الإباء عن التحمل لحصول الاستشهاد المأمور به فيها يكون وجوبه كفائياً، فيسقط بحضور عدلين أو عدل وامرأتين، ولا يجب التحمل أيضاً إذا كان فى ذلک ضرر عليه، ولو بأن يخاف الذلّ بعدم سماع شهادته عند الأداء، واطلاق الوجوب الكفائى فيه تسامح كمايأتى.

وقد ذكر الصدوق قدس سره فى ذيل كلامه المتقدم: «وقد روى عن أبى كهمس انّه قال: تقدمت إلى شريک فى شهاده لزمتنى، فقال لى: كيف أجيز شهادتک وأنت تنسب إلى ما تنسب إليه؟ قال أبوكهمس: فقلت: وما هو؟ قال: الرفض، قال: فبكيت، ثمّ قلت:

1- (1) المصدر نفسه: الباب 53 من أبواب الشهادات، الحديث 2:304.

2- (2) الفقيه3:75.

....

الشَرح:

نسبتنى إلى قوم أخاف ألاّ أكون منهم فأجاز شهادتى، وقد وقع مثل ذلک لابن أبى يعفور ولفضيل سَكره».(1)

هذا كلّه بالاضافه إلى التحمل، وأمّا الاداء فلاينبغى التأمّل فى وجوبه بلاخلاف معروف أو منقول، ويشهد له قوله سبحانه: «وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ»(2)، وفى صحيحه هشام بن سالم فى قول اللّه عزّوجلّ: «وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال: «بعد الشهاده»(3) ونحوها غيرها.

وفى روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من كتم شهاده أو شهد بها ليهدر بها دم امرى ء مسلم أو ليزوى بها مال امرء مسلم أتى يوم القيامه ولوجهه ظلمه مدّ البصر وفى وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه».(4)

وظاهر الآيه والروايات كون الوجوب عينيّاً، ولكن بما أنّ الغرض من ايجاب اقامتها ثبوت الحق أو حسم المخاصمه، فلا يجب اقامتها بعد ثبوت الحق وفصلها، وهذا يفترق عن الوجوب الكفائى الذى يكون سقوط التكليف فيه بعد حصول المتعلق من بعض، ويكون العلم بحصوله ولو مستقبلاً من بعض عذراً فى تركه، وهذا بخلاف اداء الشهاده، فإنّ العلم بحصوله مستقبلاً من غيره لايكون عذراً كما هو مقتضى تحريم الكتمان.

وعلى كلّ تقدير فظاهر عباره الماتن قدس سره انّ الاداء واجب كفائى، بلا فرق بين أن يكون تحمّل الشهاده بالدعوه إلى الإشهاد أو بدونها، ولكن قد تقدم أنّ وجوب الاداء يختص بمن دعى إلى التحمّل، وأمّا بدونه فهو مخيّر إن شاء شهد وإن شاء سكت.

1- (1) الفقيه3:75.
2- (2) البقره:283.
3- (3) الوسائل :18، الباب 2 من أبواب الشهادات، الحديث 2:227.

....

الشَرح:

وفى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أشهد لم يكن له إلاّ أن يشهد».(1)

وفى موثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلاّ إذا علم مَن الظالم فيشهد، ولا يحلّ له إلاّ أن يشهد».(2)

وظاهر هذه أنّ مع كون أحد الخصمين ظالماً للآخر وفى شهادته دفع ظلمه يجب عليه الاداء مع عدم دعوته إلى تحمّلها، فيؤخذ بهذا التقييد ويرفع اليد عن الإطلاق فى غيرها، وقد تقدم سابقاً احتمال أن يكون المراد من الظلم التعدى وان لم يكن المتعدى عامداً، وعليه يكون الاداء واجباً فيما إذا توقف اثبات الحق لصاحبه على اداء شهادته.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جمله من الأصحاب كالماتن قدس سره إنّ التخلف عن اداء الشهاده يجوز مع الضرر غير المستحق، فلو كان المراد الضرر على المشهود عليه كما إذا علم الشاهد أنّه لو شهد بالدين للمدعى فيلزم المدعى عليه بالاداء مع عسره، فلا يبعد كما يدل عليه خبر على بن سويد(3)، وأمّا إذا كان فى شهادته ضرر متوجه إليه فيشكل نفى الوجوب بمجرد ذلک، لأنّ قاعده نفى الضرر امتنانى فلا ترفع التكليف فيما كان الرفع على خلاف الامتنان على المشهود له، بل لابدّ من ملاحظه التزاحم لو كان الضرر المتوجه إليه لازم الدفع، كوجوب اداء الشهاده.

1- (1) الصمدر نفسه :الباب 5 من أبواب الشهادات، الحديث 2:231.
2- (2) الوسائل :18، الباب 5 من أبواب الشهادات، الحديث 4:231.
3- (3) المصدر نفسه:الباب 3 من أبواب الشهادات، الحديث 1:229.

الطرف الرابع:

فى الشهاده على الشهاده

وهى مقبوله فى حقوق الناس [1]، عقوبه كانت، كالقصاص، أو غيرعقوبه كالطلاق والنسب والعتق، أو مالاً كالقراض والقرض وعقود المعاوضات، أوما لا يطّلع عليه الرجال

الشَرح:

[1] تقبل الشهاده على الشهاده المسماه بشهاده الفرع فى حقوق الناس، سواء كانت من قبيل العقوبه كالقصاص أم غير عقوبه كالطلاق والنسب والعتق والنكاح، أم كانت من المال كالقرض والمضاربه وسائر المعاوضات، ويقبل أيضاً شهاده الفرع فيما لا يطلع عليه غير النساء نوعاً، كالولاده والاستهلال وعيوب النساء، وادعى عدم الخلاف أو الاجماع على ذلک فى كلماتهم.

ويستدل على الحكم، مضافاً إلى الإجماع بروايات، كموثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهماالسلام : «أنّ علياً عليه السلام كان لا يجيز شهاده رجل على شهاده رجل إلاّ شهاده رجلين على شهاده رجل»(1)، وموثقه طلحه بن زيد عن أبى عبداللّه عن أبيه عن على عليهم السلام : «أنّه كان لا يجيز شهاده رجل على رجل إلاّ شهاده رجلين على رجل».(1)

وبهما يرفع اليد عن اطلاق موثقه غياث بن إبراهيم الأُخرى عن جعفر عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام قال: لا أقبل شهاده رجل على حىّ و إن كان باليمن (باليمين)».(3) فإنّها

1- (2) الوسائل :18، الباب 44 من أبواب الشهادات، الحديث 1و2:299.

غالباً كعيوب النساء والولاده والاستهلال، ولاتقبل فى الحدود، سواء كانت للّه محضاً، كحدّ الزنا واللواط والسحق، أو مشتركه كحدّ السرقه والقذف، على خلاف فيهما، ولابدّ أن يشهد إثنان على الواحد لأنّ المراد اثبات شهاده الأصل، وهو لايتحقق بشهاده الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ.

الشَرح:

تحمل على صوره عدم تعدّد الشاهد على شاهد الأصل، بل لايبعد كون ظاهرها ذلک.

ثمّ إنّه قد تقدم عدم تمام الضابط لحقوق الناس الذى ذكروها فى كلماتهم، بل على تقديره أيضاً لا يختصّ السماع بما إذا كان داخلاً فى ذلک الضابط، بل تسمع الشهاده على الشهاده فى كل ما يحتاج ثبوته إلى الشاهد.

نعم، لا اعتبار بشهاده الفرع فى الحدود، سواء كان الحدّ من حقوق اللّه المحضه كالزنا واللواط والسحق وشرب الخمر إلى غير ذلک، أم كان مشتركاً كحدّ القذف وحدّ السرقه.

وعدم سماع شهاده الفرع فى حق اللّه المحض اتفاقى، والمشهور على عدم القبول فى الحدّ المشترک أيضاً، وهو الأظهر، لأنّ عدم السماع مقتضى الإطلاق فى كلّ من موثقه طلحه بن زيد وموثقه غياث بن إبراهيم عن أبى عبداللّه عليه السلام عن أبيه عن علىّ عليه السلام : «إذا كان لا يجيز شهاده على شهاده فى حدّ»(1)، وفى الثانيه: «لا تجوز شهاده على شهاده فى حدّ ولا كفاله فى حدّ».(2)

ولا يبعد أن يكون التعزير أيضاً كالحدّ فى عدم ثبوته بشهاده الفرع، وقد أطلق الحدّ على التعزير فى غير واحد من الروايات، ويساعده أنّه كالحدّ فى البناء على عدم الإجراء مع الشبهه والتخفيف، كما أنّ الاعتبار فى شهاده الفرع يناسب غير الحدود، من أنّ شهود الأصل فى غيرها فى معرض الانقضاء بالموت أو غيره، فالابقاء على ما ثبت

وكذا لو شهد اثنان على شهاده كلّ واحد من شاهدى الأصل، وكذا لو شهد شاهد أصل وهو مع آخر على شهاده أصل آخر، وكذا لو شهد إثنان على جماعه كفى شهاده الإثنين على كل واحد منهم، وكذا لو كان شهود الأصل شاهداً وامرأتين فشهد على شهادتهم اثنان، أو كان الأصل فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات، كفى شهاده اثنين عليهن.

الشَرح:

بشهادتهم يقتضى اعتبار شهود الفرع.

ثمّ إنّه قد ذكروا فى اعتبار شهاده الفرع أُموراً:

الأوّل: أنّ سماع شهاده الفرع يختصّ بما إذا لم يتمكن شاهد الأصل من الحضور فى مجلس القضاء لاداء الشهاده.

وقد ورد فى روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى الشهاده على شهاده الرجل وهو بالحضره فى البلد قال: «نعم ولو كان خلف ساريه يجوز ذلک إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعها عن أن يحضره ويقيمها، فلا بأس باقامه الشهاده على شهادته».(1)

وهذه الروايه رواها الشيخ والصدوق(2)، وفى سند الشيخ موسى بن اكيل عن محمد بن مسلم، والراوى عن موسى بن اكيل ذبيان بن حكيم، وذبيان مهمل، وسند الصدوق إلى محمد بن مسلم على ما ذكر فى مشيخه فقيه(3) ضعيف، ودعوى انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب وقد عمل المشهور بها لا يمكن المساعده عليهما، حيث من المحتمل جداً اعتبار المزبور والعمل بها لمطابقتها للاحتياط فى القضاء، وهذا مع ثبوت الاطلاق فى الموثقتين بل فى خطاب اعتبار البيّنه مشكل.

1- (1) الوسائل :18، الباب 44 من أبواب الشهادات، الحديث 1:297.
2- (2) التهذيب6:256، الاستبصار3:20، الفقيه 3:71.
3- (3) الفقيه 4:424.

....

الشَرح:

الأمر الثانى: يختصّ اعتبارشهاده الفرع بشهادته على شهاده الأصل، فلاتسمع شهاده الفرع على شهاده الفرع، وقد ذكر فى كلمات الأصحاب أنّه لاخلاف فى ذلک وادعى جماعه عليه الإجماع.

ويستدل على ذلک بروايه عمرو بن جميع عن أبى عبداللّه عن أبيه عليهماالسلام قال: «اشهد على شهادتک من ينصحک، قالوا: كيف؟ يزيد وينقص، قال: لا، ولكن من يحفظها عليک ولا تجوز شهاده على شهاده».(1)

ولكن عمرو بن جميع ضعيف وكذا السند إليه، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها فانّه لم يحرز استنادهم إليها ولعلّه لما قيل من انصراف الموثقتين إلى شهاده الفرع على شهاده الأصل.

ولكن مع التأمّل فى الانصراف يكفى فى اعتبار شهاده الفرع على الفرع بأىّ مرتبه ما دلّ على اعتبار البينه وكونها مدرک القضاء، فإنّ الاطلاق تعم البينه الموجوده وباعتبارها تثبت مدلولها وهى البيّنه الأُخرى، وهكذا على ما ذكر فى بيان اعتبار الخبر عن الإمام عليه السلام بالوسائط.

وبالجمله: فإن أُحرز الإجماع على عدم اعتبار شهاده الفرع على شهاده الفرع فهو، وإلاّ فلا وجه لعدم الاعتبار مع مسيس الحاجه إليها فى بقاء الأوقاف ونحوها.

الثالث: مقتضى اطلاق موثقتى طلحه بن زيد وغياث بن إبراهيم المتقدمتين، وكذا الإطلاق فى اعتبار البينه، عدم الفرق فى الاعتبار بأن يشهد على كل واحد من شهاده الأصلين اثنان، بأن يكون شاهدا الفرع أربعه عدول، أو يشهد الإثنان على شهاده كل من شاهدى الأصل، أو كان أحد الشاهدين الأصل ويشهد هو مع شخص آخر على

1- (1) الوسائل :18، الباب 44 من أبواب الشهادات، الحديث6:298.

وللتحمّل مراتب، أتمّها أن يقول[1] شاهد الأصل: أشهد على شهادتى أننى أشهد على فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا، وهو الاسترعاء، وأخفض منه ان يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لاريب فى تصريحه هناک بالشهاده.

الشَرح:

شهاده الأصل الآخر، كلّ ذلک للاطلاق فى الموثقتين وما دل على اعتبار البيّنه، فما حكى عن الشافعى من اعتبار المغايره فى شاهدى الفرع أمر، لا أساس له.

وأيضاً: لافرق بين كون شاهدى الأصل رجلين أو رجلاً وامرأتين أوأربعه نساء، فإنّه وإن يعتبر فى شاهدى الفرع كونهما رجلين، كما هو ظاهر انصراف البينه فى اطلاق خطاب اعتبارها، إلاّ أنّه لا يضرّ باعتبار شهاده الفرع اختلاف شهود الأصل. وذلک لا لاطلاق الموثقتين، فإنّهما لاتعمّان غير شهاده رجلين على شهاده رجل، بل للاطلاق فى اعتبار البيّنه، فإنّه يعمّ البينه القائمه بشهاده النساء، وإنّما يرفع اليد عنه بالاضافه إلى الحدود كما تقدم، ويعم بالاضافه إلى غير الحدّ ممّا يترتب على موجبه كنشر الحرمه.

و دعوى أنّ الزنا لا يثبت إلاّ بأربعه شهود، وكيف يثبت بشهاده رجلين على شهاده كل من الأربعه، مع أنّ الأصل لا يكون اسوء حالٍ من الفرع ، فيها ما لايخفى، ومما ذكر يظهر أنّه يثبت بشهاده الفرع على شهاده الأصل بالسرقه ردّ المال لا القطع وهكذا.

[1] ذكر فى كلماتهم انّ لتحمل شهاده الفرع مراتباً، وأعلاها المعبّر عنها بالاسترعاء أى طلب الاصغاء، وصورتها أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتى لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، وأخفض منها أن يسمع شهاده الأصل عند حاكم.

وفى الجواهر: انّ شهادته عند حاكم للحكم بها وتحمّلها أقوى من التصريح الأوّل، والمرتبه الأخيره ان يسمعه يقول أنا شاهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان

ويليه أن يسمعه يقول:أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، ويذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أوعقار، إذ هي صوره جزم، وفيه تردد، أمّا لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا، لم يصر متحمّلاً لاعتياد التسامح بمثله، وفى الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال.

الشَرح:

بكذا، ويذكر السبب من قرض أو شراء أو غيرهما، وأمّا إذا لم يذكر السبب فقد جزم غير واحد بأنّه لا يصير متحمّلاً لاعتبار التسامح بمثله، ولعل الأصل فى ذلک کلّه ما ذكره الشيخ قدس سره فى المبسوط من التفصيل وتبعه غيره فيه، ولكن لا يخفى مع كون كلام الأصل شهاده كما هو الفرض يكون المستمع إليه تحمّلاً، بلا فرق بين أن يذكر الأصل السبب أم لم يذكر وبلا فرق بين ما ذكر من المراتب.

وماذكر قدس سره من عدم قبول شهاده الفرع إلاّ عند تعذر حضور شاهد الأصل قد تقدم أنّه بلا وجه يعتمد عليه فلا نعيد.

ثمّ إنّه إذا حضر الأصل وأنكر ما شهد به الفرع، فإن كان ذلک بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم لتمام ملاكه، وانكار شهاده الاصل لايزيد على ماكان الحكم بشهادته ثمّ رجع عنها.

وأمّا إذا كان قبل الحكم فلا يسمع شهاده الفرع إلاّ إذا كان أعدل من شاهد الأصل، كما يشهد لذلک صحيحه عبد الرحمان بن أبى عبداللّه عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل شهد على شهاده رجل فجاء الرجل فقال: أنى لم أشهده؟ قال: «تجوز شهاده أعدلهما، وإن كانت عدالتهما واحده لم تجز شهادته».(1)

وفى روايه أُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل شهد شهاده على شهاده آخر

1- (1) الوسائل :18، الباب 46 من أبواب الشهادات، الحديث 1و2و3:299.

ففى صوره الإسترعاء يقول:اشهدنى فلان على شهادته، وفى صوره سماعه عند الحاكم يقول: أشهد انّ فلاناً شهد عند الحاكم بكذا، وفى صوره السماع لاعنده يقول: أشهد انّ فلاناً شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا.

ولا تُقبل شهاده الفرع إلاّ عند تعذّر حضور شاهد الأصل، ويتحقّق العذر، بالمرض وما ماثله وبالغيبه، ولا تقدير لها، وضابطه مراعاه المشقه على شاهد الأصل فى حضوره.

ولو شهد شاهد الفرع فانكر شاهد الأصل، فالمروى العمل بشهاده أعدلهما، فإن تساويا أُطرح الفرع، وهو يشكل بما انّ الشرط فى قبول الفرع عدم الأصل، وربّما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم، ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم الشَرح:

فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهاده أعدلهما»(1)، ونحوهما صحيحه عبداللّه بن سنان.(2)

ودعوى انّ شهاده الفرع تبطل بحضور شاهد الأصل قبل الحكم ولايمكن العمل بالروايات المزبوره لذلک، ولأنّ ظاهرها قبول شهاده الفرع الواحد على رجل من الأصل ، لايخفى ما فيها، فإنّ حضورالأصل لا تبطل شهاده الفرع على ما تقدم.

وعلى تقديره، فقد ورد الاستثناء على اشتراط التعذر فيما كان الفرع أعدل أو لم يخالف الأصل عند حضوره عملاً بها، كما انّ المراد بالرجل فيها الجنس فلا ينافى اعتبار التعدد، حيث انّها ناظره إلى حكم صوره مخالفه الأصل فى الشهاده بالواقعه مع الفرع قبل الحكم.

وأمّا ما ذكر الماتن قدس سره من حمل الروايات على صوره قول الأصل لا أعلم، ينافى ظاهرها فى انكار الأصل الشهاده بالواقعه على الفرع.

يقدح فى الحكم وافقا أو خالفا، وان كان قبله سقط اعتبار الفرع، وبقى الحكم لشاهد الأصل[1]، ولو تغيّرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأنّ الحكم مستند إلى شهاده الأصل[2].

الشَرح:

[1] قد تقدم عدم سقوط شهاده الفرع فيما إذا خالفا الأصل وكان الفرع أعدل، وكذا لايقدح حضور الأصل فى شهاده الفرع فيما إذا حضر و لم يظهر مخالفته لشهاده الفرع، فللحاكم ان يحكم بشهادته، واطلاق العباره يقتضى عدم الإعتناء بشهاده الفرع حتى فى الصورتين.

[2] هذا مبنى على المنسوب إلى المشهور، من أنّ خروج الشاهد عن شروط الشهاده بغير الموت والاغماء قبل الحكم يوجب سقوط الشهاده التى لااعتبار لها فى الحكم بها، وأمّا بناءً على ما ذكرنا فى بحث القضاء، من أنّ خروج الشاهد عن الشرائط بعد شهادته وقبل الحكم نظير خروجه عنها بعد الحكم لا يضرّ بشهادته السابقه، وانّ ميزان الحكم وهو الحكم بالبيّنه قد حصل، فلاموجب لرفع اليد عن شهاده الفرع.

وما فى الجواهر تبعاً لغيره من الفرق بين موت الشاهد أو اغمائه بعد شهادته وبين فسقه أو كفره، لكون الكفر والفسق مقتضياً لعدم القبول بخلاف الاغماء والموت، فإنّ أقصاهما عدم اقتضائهما القبول، فيه ما لايخفى، حيث إنّ الفسق أو الكفر حال الشهاده يقتضى عدم القبول وبعد الشهاده كالموت والاغماء لايقتضيان القبول.

نعم، لو كان الخروج إلى الكفر والفسق كاشفاً عن عدم عدالتهما حين الشهاده أيضاً، فعدم الاعتبار لفقد شرط الشهاده عند أدائها، وهذا خلاف الفرض.

ومن العجب أنّ الماتن قدس سره التزم بأنّ خروج الشاهد بالواقعه قبل الحكم لا يوجب نقصاً فى مدرک القضاء، وفاقاً للشيخ فى الخلاف والحلبى، ولكن ذكر فى المقام أنّ خروج الأصل عن شرط القبول قبل الحكم بشهاده الفرع يمنع القضاء، مع انّ القضاء بشهاده الفرع يقع على شهاده الأصل التى وقعت عند عدم خروجه عن الشرط.

وتقبل شهاده النساء على الشهاده، فيما يقبل فيه شهاده النساء منفردات، كالعيوب الباطنه والاستهلال والوصيه، وفيه تردد أشبهه المنع[1]، ثمّ الفرعان ان سميّا الأصل وعدّلاه، قُبل[2]، وإن سميّاه و لم يعدّلاه سمعها الحاكم وبحث عن الأصل وحكم مع ثبوت ما يقتضى القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر وشهد، أما لو عدّلاه ولم يسميّاه لم يقبل.

الشَرح:

[1] قد تقدم أنّ ما ورد فى القضاء بالبيّنات ظاهره القضاء بشهاده العدلين، من غير فرق بين كون شهادتهما بالواقعه مباشره أو على الشهاده فى تلك الواقعه، وماوردفي قبول شهاده النساء ظاهره شهادتهنّ بنفس الواقعه، فإنّها هى التى لا يطّلع عليها الرجال، لا الشهاده بتلك الواقعه.

وعليه فيتعيّن شهاده عدلين على شهاده كل واحد منهنّ، ولاتفيد شهاده النساء على شهادتهن، حتى الأمر كذلک فى الشهاده على الشهاده بالمال من الدين أوالعين، فإنّ شهاده رجل مع امرأتين يثبت الدين، ولا يثبت شهاده الرجل والمرأتين به بغير شهاده العدلين، ودعوى الأولويّه فى القبول لاوجه لها، فإنّها لاتخرج إلاّ إلى الاستحسان.

[2] تعرض قدس سره لأداء الشهاده، على الشهاده وذكر انّ للاداء صوراً:

الأُولى: أن يذكرا اسم الأصل وأثبتا عدالتهما، بأن شهدا بعدالتهما وما شهدا به عندهما، وهذا القسم من شهاده الفرع مدرک القضاء.

والثانيه: أن يذكرا اسمهما وما شهدا به عندهما ولم يشهدا بعدالتهما، وفى هذه الصوره فحص الحاكم عن عدالتهما فإن ثبتت يقضى بالشهاده المزبوره.

والثالثه: أن لايذكرا إسمهما بل ذكرا انّ كل واحد من العدلين شهد عندهما بكذا، وهذا لايصلح مدركاً للقضاء، حيث إنّ مع عدم ذكرهما وعدم تعيينهما كما هو الفرض

ولو أقرّ باللواط أو بالزنا بالعمه أو الخاله أو بوطى ء البهيّمه ثبت بشهاده شاهدين[1]، وتقبل فى ذلک الشهاده على الشهاده، ولا يثبت بها حدّ، ويثبت انتشار حرمه النكاح، وكذا لا يثبت التعزير فى وط ء البهيمه، ويثبت تحريم الأكل فى المأكوله، وفى الأخرى وجوب بيعها فى بلد آخر.

الشَرح:

لايتمكن الخصم على الجرح بل يمكن أن يكونا أو يكون أحدهما غير عادل عند الحاكم.

أقول: يشكل رفع اليد عن اطلاق ما دلّ على اعتبار البيّنه مع فرض شهادتهما بعداله كل من شاهدى الأصل وإن لم يذكرا اسمهما، إلاّ أن يتم الإجماع على خلافه.

[1] كما تسمع الشهاده على الشهاده فى حقوق الناس كذلک تسمع الشهاده على الإقرار فيها، وكذا الشهاده على الإقرار فى حقوق اللّه.

ولكن لاتثبت بالشهاده على الاقرارفيها الحدّ، بل تسمع بالاضافه إلى سائر مايترتب على موضوع الحد من نشر الحرمه، كما فى الشهاده على الاقرار باللواط أو الزنا بالعمه والخاله، حيث تحرم أم الموطوء واخته وبنته على اللاّطى المقرّبه، وفى الإقرار بالزنا بالخاله تحرم بناتها على المقرّ، وكذا فى الزنا بالعمه على الأحوط.

وكذا لايثبت بالشهاده على اقراره بوطى بهيمه التعزير، ولكن تحرم أكل لحمها، على المقرّ فيما يطلب أكل لحمها وفى غيرها يثبت عليه الغرامه ولزوم بيعها فى بلد آخر.

الطرف الخامس:

فى اللواحق وهى قسمان:

القسم الأوّل: فى اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد[1]، ويترتب عليه مسائل:

الأولى: توارد الشاهدين على الشىءالواحد، شرط فى القبول، فان اتفقا معنىً حكم بهما وان اختلفا لفظاً، إذ لافرق بين أن يقولا غصب وبين أن يقول أحدهما غصب، والآخر انتزع، ولا يحكم لو اختلفا معنىً، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالاقرار بالبيع، لأنّهما شيئان مختلفان، نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت. الثانيه: لو شهد احدهما انه سرق نصاباً غدوةً، وشهد الآخر أنه سرق عشيةً لم يحكم بها لأنها شهاده على فعلين. وكذا لو شهد الآخر انّه سرق ذلک بعينه عشيه لتحقق التعارض او لتغاير الفعلين.

الشَرح:

[1] ذكر فى القسم الأوّل من الطرف الخامس اشتراط وحده الواقعه التى يحكيها الأخر فلا تتحقق البيّنه بتلک الواقعه، كما أنّه يعتبر فى تحقّقها بها توافق حكايتهما فيها، فإن اختلفا فى حكايتهما لم يصدق أنّ ما شهد به أحدهما شهد به الآخر.

وعلى ذلک فلايعتبر فى قيام البينه بواقعه اتّحاد الكلامين بحسب ألفاظهما، بل المعيار اتّحادهما فى المحكى خارجاً، وتوافقهما بحسب حكايته، فلا فرق بين أن قال أحدهما: قد غصب فلان مالاً كذا من فلان، وقال الآخر: أخذ فلان ذلک المال من فلان عدواناً.

....

الشَرح:

وعلى ما ذكر، فإن لم يكن لكلامهما ظهور فى وحده المحكى، بأن شهد أحدهما بأنّ فلاناً باع المال الفلانى، وقال الآخر بأنّ فلاناً أقرّ عنده ببيعه المال المزبور، لم يثبت دعوى البيع بالبيّنه، نعم لو حلف المدعى مع أحدهما يثبت دعواه لما تقدم، من ثبوت الدعاوى الماليّه بل غيرها بشاهد ويمين.

وهذا مع تعدد المحكى بحيث لا ينفى أحد الشاهدين ما يحكيه الشاهد الآخر، وإلاّ فمع حكايتهما عن أمر واحد خارجى وإختلافهما فى حكايه ذلک الأمر، كما إذا قال أحدهما: سرق زيد من عمرو النصاب ليلاً، وقال الآخر: سرق ذلک النصاب من عمر ونهاراً، فلا تتم البيّنه بالسرقه الخارجيه.

وظاهر كلام جمله من الأصحاب أنّ فى هذه الصوره أيضاً لو حلف المدعى مع أحد الشاهدين يثبت المال دون حدّ السرقه نعم يثبت حدّ السرقه، أيضاً فيما إذا شهد أحدهما أنّه سرق ثوباً بعينه وقيمته درهم، وقال الآخر. أنّه سرقه ولكن قيمته درهمان ، فإنّ السّرقه الموجبه للحد ثبتت بشهادتهما معاً والاختلاف إنّما هو فى قيمه ما سرق، فالواجب فى الفرض على السارق درهم عند تلف العين، نعم إذا حلف المدعى على أنّ قيمته درهمان غرم درهمين.

ولكن مايظهر من كلامهم لايمكن المساعده عليه، فإنّ ثبوت دعوى المدعى بشهاده أحدهما مع يمينه فيما إذا لم يكن بين شهادته وشهاده الآخر معارضه، لتعدّد الواقعه أو لاحتمال تعددها بحسب حكايتهما، وأمّا إذا أظهر اوحدتها وإنّ ما حكاها أحدهما هى حكايه الآخر واختلفا فى نقلها بحيث ينفى كل منهما الواقعه على طبق حكايه الآخر.

فلايفيد فى ثبوت دعوى المدعى حلفه مع شهاده أحدهما، لأنّ شهادته مبتلاه

الثالثه: لو قال أحدهما سرق ديناراً، وقال الآخر درهماً، أوقال أحدهما سرق ثوباً أبيض، وقال الآخر أسود، ففى كل واحدٍ منهما يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدّعى[1]، لكن يثبت له الغرم ولا يثبت القطع، ولو تعارض فى ذلک بيّنتان على عين الشَرح:

بالمعارض، وظاهر ما تقدم من ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين المدعى، ما إذا لم يكن شهادته مبتلاه بالمعارض، كما هو الحال فى القضاء بالبيّنه أيضاً كما مرّ.

وما فى كلام بعض من سقوط الشهادتين وتثبت الدعوى باليمين صحيح، لو كان مرادهم باليمين، اليمين المردوده، وفى مثال الشهاده بسرقه النصاب لا يثبت الحد ولا الغرم، وفى مثال الثوب لا يثبت غرم درهمين بل الغرم فى مسأله النصاب وغرم درهمين فى مسأله الثوب يتوقف على اليمين المردوده.

نعم، لو اتفقا على الشهاده بسرقه النصاب فى زمان واحد، بأن قال كل منهما فى الشهاده: رأيت مع صاحبى إنّه يسرق النصاب، ولكن اختلفا فى ذلک الزمان، فقال أحدهما: أنّه كان ليلاً، وقال الآخر: كان نهاراً، فلايبعد ثبوت الغرم بل ثبوت الحدّ لاتفاقهما على الشهاده بالسرقه الواحده، واختلافهما فى زمانها كما ذكر لا يوجب تعدد المحكى أو احتماله، كما لاينفى أحدهما ما يذكر الآخر من موجب الغرم وموجب الحدّ.

[1] لعل مراده قدس سره ما إذا كانت شهاده أحدهما بواقعه غير الواقعه التى يشهدبها الآخر، وحيث إنّ لكل من الواقعتين شاهداً واحداً يمكن اثبات كل منهما أو أحدهما بضم يمين المدعى، فيلزم الغرم بالواقعه التى حلف بها المدعى، ولو فرض حلفه على كل منهما مع كل من الشاهدين يثبت الغرمان، ولكن لايثبت القطع، لأنّ الحد لا يثبت بشاهد ويمين.

ثمّ ذكر قدس سره انّه لو وقع التعارض بين البيّنتين فى عين واحده، بحيث لا يحتمل تعدد الواقعه، بأن شهد اثنان انّه سرق الثوب الفلانى عشيّه، وشهد اثنان انّه سرقه نهاراً، أو قال أحدهما: سرق الدرهم الفلانى ليلاً، وقال الآخر: سرقه نهاراً.

واحده سقط القطع للشبهه، ولم يسقط الغرم، ولو كان تعارض البيّنتين[1] لاعلى عين واحده ثبت الثوبان والدرهمان.

الشَرح:

ففى هذا الفرض لا يثبت القطع للشبهه لتعارض النقلين، ولكن يثبت الغرم على نسخه الجواهر، حيث قال فى تعليله:

انّ سرقه ذلک الثوب أو الدرهم المزبور متفق عليه بين البيّنتين والاختلاف فى غيرها، من وقوعها ليلاً أو نهاراً، وعن المبسوط: انّ الحاكم فى حكمه بالسرقه يعتمد على احدى البينتين ويخرجها بالقرعه، واستشكل فى القرعه فى كشف اللثام بأنّه لا فائده فى استعمال القرعه فى المقام ولايترتب عليها ثمره، وأورد قدس سره بأنّ على الحاكم تعيين البيّنه التى يعتمد عليها فى حكمه بتحقق السرقه، ولايمكن التعيين إلاّ بالقرعه، ويترتب على تعيينها بها الثمره عندما يرجع الشاهد عن شهادته فى ثبوت الغرم عليه، فإنّ الغرم يثبت عند رجوع شاهد اخرجت شهادته بالقرعه فى تعيين البينه، ولكن استشكل فى ذلک بأنّ القرعه فى البيّنتين عند ما لم يمكن العمل بهما.

أقول: لم يظهر الفرق بين هذا الفرض وبين ما تقدم، من قول أحد الشاهدين: أنّه سرق النصاب ليلاً، وقال الآخر: أنّه سرقه نهاراً، فإنّ شهاده الشاهدين بواقعه واحده بينه فلابدّ من ثبوت الغرم، لو لم نقل بثبوت القطع أيضاً، حيث إنّ الاختلاف فيأنّ زمان الواقعه كان ليلاً أو نهاراً لايوجب تعدّدها.

إلاّ أن يحمل ما تقدم على صوره احتمال تعدّد الواقعه فى شهادتهما، بأن سرق المال نهاراً ثم أخذه مالک المال ثمّ سرقه ليلاً، وهذا الاحتمال لا يجرى فى تعارض البيّنتين على عين واحده، حيث انّ الشاهدين من كل من البينتين يشهدان بواقعه من غير اختلافهما فيهما، وانّما الاختلاف بين شاهدى البيّنه مع شاهدى البينه الأُخرى.

[1] المراد من تعارض البيّنتين لاعلى عين واحده تواردهما، بأن قامت بينه بأنّه

الرابعه: لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوةً بدينار، وشهد له الآخر انّه باعه ذلک الثوب بعينه فى ذلک الوقت بدينارين لم يثبتا، لتحقق التعارض، وكان له المطالبه بأيّهما شاء مع اليمين[1]،

الشَرح:

قد سرق الثوب الأسود، وشهدت بينه أُخرى أنّه سرق الثوب الأبيض، أو قالت إحداهما: أنّه سرق الدرهم، وقالت الأُخرى: أنّه سرق الدينار، وفى هذا الفرض يثبت ضمان الثوبين وضمان الدرهم والدينار، ولاموجب فى الفرض لسقوط القطع، والشبهه مع وحده العين غير آتيه مع عدم وحدتها.

نعم، لو اعترف المدعى بعدم وقوع السرقتين، بل ادعى احدهما فقط، فيمكن أن يقال بسقوط البيّنتين، إن لم يثبت دخولهما فيما ورد الأمر بالقرعه عند تعارضهما، كما هو كذلک، حيث انّ ما ورد فى القرعه بين البينتين لا يعمّ المقام، بل ظاهره ما إذا كان فى البين مدّعيان دعواهما متنافيتان وقام لكل منهما بينه، فإنّ فى هذه الصوره تخرج احدى البيّنتين بالقرعه ويحلف صاحب تلک البينه والمقام ليس من هذا القبيل، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] مراده قدس سره أنّ بيع الثوب المزبور بدينار واقعه وبيعه بدينارين يحسب معامله أخرى، ولاتجتمع الواقعتان فى الفرض، مع عدم قيام بينه بكل منهما، بل شهد واحد بأحد البيعين والآخر بالبيع الآخر، فيمكن للمدعى مع دعواه أحدهما بعينه اثباته بشاهد واحد مع ضم يمينه.

أقول: قد تقدم إنّ ضم اليمين إلى شاهد إنّما إذا لم تكن شهادته مبتلاه بالمعارض كما هو الفرض فى المقام.

ولو قامت بكل من البيعين بينه ثبت الديناران وانّه يستحقّهما على المدعى عليه، لتمام البينه عليه ولغت البينه التى قامت بالدينار.

ولو شهد له مع كل واحد شاهدآخر ثبت الديناران، ولا كذلک[1] لو شهد واحد بالإقرار بألف والآخر بألفين، فإنّه يثبت الألف بهما والآخر بإنضمام اليمين، ولو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت الألف بشهاده الجميع، والألف الآخر بشهاده اثنين.

الشَرح:

وظاهر المحكى عن المبسوط انّ البينتين فى الفرض متعارضتان، وقال فى الجواهر: التعارض صحيح فيما إذا كان لكل من البيع بالدينارين والبيع بالدينار مدعياً، كما إذا قال البائع بعته بدينارين وقال خصمه اشتريته بدينار فقط.

أقول: مع اختلاف البائع والمشترى كما ذكر، وقيام البينه لكل منهما يدخل الفرض فى البيّنتين المتعارضتين فيقرع بينهما، فمن أخرجت القرعه بيّنتها يحلف كما تقدم، كما أنّه مع عدم البيّنه للبائع ولا المشترى، فمع بقاء الثوب يحلف البائع وتثبت دعواه ومع عدم بقائه يحلف المشترى عملاً بالنص الوارد فى المورد، على ما تقرر فى مبحث اختلاف المتبايعين.

ولو فرض أنّ خصم المدعى ينكر الشراء، فبيّنه البيع بالدينارين مع بينته بدينار متعارضتان عند الحاكم وان يعترف الخصمان ببطلانها، فلايمكن له الحكم بثبوت البيع بدينارين، ولامجال فى الفرض للقرعه أيضاً لأنّ الأمر الوارد بالرجوع إلى القرعه فيما إذا أُحرز انحصار الحق بين البينتين، وفى الفرض يحتمل الحاكم عدم وقوع البيع أصلاً ولا قيمه للبيّنه المبتلاه بالمعارض، وعليه فيحلف المشتريعلى عدم الشراء، أخذاً بما دلّ على كون الحلف على المدعى عليه مع عدم قيام البينه للمدعى، والمراد البينه غيرالمبتلاه بالمعارض.

اللّهمّ إلاّ أن يقال: ليس للحاكم الحكم بوقوع البيع بدينار لاتفاق الخصمين على عدمه، فتكون بيّنه الدينارين بلا معارض.

[1] كان نظره قدس سره إن بيع شىء بدينار مع بيعه بدينارين من المتباينين، بخلاف

وكذا لو شهد أنّه سرق ثوباً قيمته درهم، وشهد آخر أنّه سرق وقيمته درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهما، والآخربالشاهد واليمين، ولو شهد بكل صوره شاهدان ثبت الدرهم بشهاده الجميع، والآخر بشهاده الشاهدين بهما، ولو شهد أحدهما بالقذف غدوةً والآخر عشيةً أو بالقتل كذلک، لم يحكم بشهادتهما[1]، لأنّها شهاده على فعلين، أمّا لو شهد أحدهما باقراره بالعربيه، والآخر بالعجميه قُبل، لأنّه إخبار عن شىء واحد.

الشَرح:

الإقرار بالألف والاقرار بألفين أو ضمان دينار أو ضمان دينارين فإنّهما من الأقل والأكثر، وعليه فلو شهد شاهد باقراره لزيد بألف وشهد الآخر باقراره له بألفين، فبالإضافه إلى الاقرار بالألف يحسب شهادتهما بينه، وكذا الحال فى الشهاده بقيمه الثوب بعد تلفه، وأمّا الإقرار بالألف الآخر أو ضمان الزائد فهو قول شاهد واحد يمكن أن يثبت بضم حلفه إلى قوله.

أقول: هذا فيما إذا لم ينف الشاهد بالإقرار بالألف وقوع الإقرار بالزائد أو لم ينف ضمان الزائد وإلاّ تكون شهاده مبتلاه بالمعارض، كما تقدم فى الشهاده بسرقه ثوب معين وانّ قيمته درهم و شهاده الآخر بسرقته و قيمته درهمان.

وعلى ما ذكر قدس سره يترتب أنّه لو شهدت بيّنه على الإقرار بالألف وشهدت بينه أُخرى بالاقرار بالألفين، ثبت الألف بشهاده شهود كلتا البينتين والألف الآخر يثبت بالبيّنه بالإقرار بألفين، وقد ذكرنا أنّ هذا فيما إذا لم ينف البينه بالأقلّ الإقرار بالألف الثانى أو ضمان الزائد.

[1] يريد بذلک بيان أنّه لو شهد شاهدان كلّ منهما بواقعه غير الواقعه الأولى، سواء أمكن اجتماعهما كشهاده القذف أم لم يمكن كما إذا اختلفا فى قتل شخص، وقال أحدهما: قتله ليلاً، وشهد الآخر فقال: قتله نهاراً، فلا يثبت شىء منهما، لتوقف كل منهما على شهاده العدلين فى ثبوته لولا التكاذب، حيث إنّ كلاًّ من القذف والقتل

القسم الثانى: فى الطوارئ، وهى مسائل:

الأولى: لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا، حكم بهما[1]، وكذا لو شهدا ثمّ زكّيا بعد الموت.

الشَرح:

يحتاج فى ثبوته إلى شهاده الشاهدين، ولم يتمّ فى كل قذف شهادتهما والآمر فى الشهاده بالقتل كذلک مع حصول التكاذب أيضاً.

بخلاف ما إذا تعدّد الواقعه وأمكن حصول المتعدد ويثبت كل منهما بشهاده عدل، كما إذا شهد أحدهما أنّه أقر لزيد بألف بالعربيه، وشهد الآخر أنّه أقرّ له بألف بالعجميه، حيث يحتمل حصول الاقرارين بلا تنافٍ بينهما، فإنّ كلاًّ من الاقرارين إخبار عن شىء واحد، فتقبل شهاده منهما بضم يمين المدعى.

ولكن ظاهر عبارته قدس سره عدم الحاجه فى الأخير إلى ضم اليمين، حيث علّل القبول بأنّه اخبار عن شىء واحد.

وفيه: إنّ الاقرار و ان يكون اخباراً عن شىء واحد إلاّ أنّ هذا بالاضافه إلى المقرّ، فتعدّد اقراره مع وحده المقرّ به خارجاً لايوجب إلاّ تعدد الحكايه، وأمّا بالاضافه إلى شهاده الشاهد فكل من الشاهدين يخبر عن حكايه غير حكايه الآخر و ثبوت كل منهما يكون بالبيّنه أو بشاهد ويمين المدعى.

[1] الظاهر عدم الخلاف فى جواز القضاء بشهاده شاهدين ماتا أو مات أحدهما قبل الحكم، حيث إنّ مدرک القضاء شهاده العدلين بالدعوى أو بغيرها وقد تحققت، فموت أحدهما أو كليهما كحياتهما بعد شهادتهما غير دخيل فى القضاء تكليفاً أو وضعاً، ومن هذا القبيل ما إذا شهدا ثمّ زكيّا بعد موت أحدهما أو كليهما، حيث إنّ مع التزكيه يحرز حصول البيّنه وتمامها للمدعى.

وهل الحكم كذلک فيما إذا شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما قبل الحكم، أو يسقط

الثانيه: لو شهدا ثمّ فسقا قبل الحكم، حكم بهما، لأنّ المعتبر فى العداله عند الإقامه، ولو كان حقّاً للّه كحدّ الزنا لم يحكم، لأنّه مبنى على التخفيف، ولأنّه نوع شبهه، وفى الحكم بحدّ القذف والقصاص تردّد، أشبهه الحكم لتعلّق حق الآدمى به.

الشَرح:

شهاده الفاسق عن الاعتبار مطلقاً، أو يفصّل بين ما كان المشهود به من حق الآدمى فلا يسقط اعتبار الشهاده وبين حق اللّه المحض.

ظاهر الماتن قدس سره هو الثالث، ولكن ذكر فيما سبق فى مسأله فسق شاهدى الأصل عند شهاده الفرع مايقتضى الثانى يعنى عدم القبول مطلقاً، كما هو المحكى عن الشيخ قدس سره فيأحد قوليه والعلاّمه فى المختلف والشهيدين قدس سرهم .

ويستدل على ذلک بما استفاض من الروايات الوارده فى ردّ شهاده الفاسق، ويضعّف بأنّ ظاهر تلک الروايات عدم قبول شهاده الفاسق عند شهادته، كما هو الحال فى ردّ شهاده الشريک لشريكه فى المال المشترک أوردّ شهاده الأجير وغيرهما.

ودعوى أنّ مع فسقهما تحصل الشبهه فى شهادتهما السابقه، ولذا ذكر الماتن فى المقام عدم الحكم بشهادتهما فى حدود اللّه وكأنّه لدرء الحدود بالشبهه، ولأنّها مبنيّه على التخفيف.

ولكن شيئاً من ذلک لا يصلح لرفع اليد عمّا دلّ عليه من اعتبار البينه، أى شهاده رجلين عدلين عند أدائها، ولا تكون فى البين شبهه فى الحكم، لافى حق الآدمى ولا فى الحدّ، فإنّ مع ثبوت موجبه لامعنى للتخفيف.

ولو كان فى البين شبهه لما كان يجرى، سواء كان من حق اللّه المحض (جلّ وعلا) أم مشتركاً كحدّ القذف والقصاص، بناءً على كونه عقوبه على القتل.

نعم قد يشكل الحكم فيما إذا شهد لمن يردثانه فمات قبل الحكم وانتقل المشهود به من المال إليهما، فإنّه ربّما يقال بأنّ الحكم بعد ذلک بكون المال لهما من الحكم

ص :573

الثالثه: لوشهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

الرابعه: لو رجعا عن الشهاده قبل الحكم، لم يحكم[1].

الشَرح:

للمدعى بشهاده نفسه، ويمكن الجواب عن ذلک أيضاً بانّ ظاهر ما ورد فيأنّ البيّنه على المدعى هو كون المدعى غير الشاهدين عند شهاده الشاهدين، وأمّا المغايره عند صدور الحكم فلا يساعد على المغايره دليل، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] لو رجعا عن شهادتهما قبل الحكم لم يحكم، بلاخلاف ظاهر أو معروف، نعم عن ظاهر كشف اللثام أنّه يحكم ولايعتنى برجوعهما بعد اقامتهما الشهاده فيما كانا معروفين بالعداله والضبط، ولكن الأظهر عدم الحكم بشاهدتهما برجوعهما قبل الحكم حتى ما إذا عادا إلى شهادتهما.

ويستدلّ على عدم الحكم بأنّ الشهاده رجع الشاهد عنها قبل الحكم لا تحسب شهاده، وما دلّ على أنّ القضاء بالبيّنات ينصرف عن الشهاده المزبوره، بل ذكرنا سابقاً أنّ البينه المبتلاه بالمعارض لا تصلح مدركاً للحكم، ورجوع الشاهد عن شهادته يعارض الشهاده السابقه، ولما كان قيام المعارض قبل الحكم فلا تصلح سنداً للحكم.

وبتعبير آخر: الرجوع عن الشهاده إمّا يكون بنفى ما شهد به أوّلاً أو نفى حسّه ذلک المشهود، فيكون كما إذا شهدا بأمر وشهد عدلان آخران بنفى ما شهدا به، أو بنفى حضورهما فى الواقعه التى شهدابها.

وهذا فيما إذا كان رجوعهما بدعواهما وقوع الاشتباه فيما وقعا منهما من الشهاده ظاهر، نعم لو كان رجوعهما بقولهم: إنّا تعمّدنا الكذب، فيشكل رفع اليد عن شهادتهما السابقه لو كان عدلهما عند إقامه الشهاده محرزاً، فإنّهما وإن يحكم بفسقهما فعلاً بالكذب إمّا بالشهاده السابقه أو برجوعهما، إلاّ أنّ مقتضى الطريق إلى عدلهما عند

....

الشَرح:

شهادتهما ولا أقل من أنّ مقتضى الاستصحاب فى عدلهما عند ادائهما الشهاده اعتبارها.

ويدلّ على عدم جواز الحكم بعد الرجوع إلى مرسله جميل عمن أخبره عن أحدهما عليهماالسلام : «قال فى الشهود إذا رجعواعن شهادتهم وقد قضى على الرجل: ضمنوا ماشهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً»(1)، فإنّ ظاهرها الغاء الشهاده برجوع الشاهد قبل الحكم.

واستدلّ فى كشف اللثام بجواز الحكم مع رجوع الشاهد على ما قيل بصحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كان أميرالمؤمنين عليه السلام يأخذ بأوّل الكلام دون آخره»(2)، وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام : «انّ النبى صلى الله عليه و آله قال: من شهد عندنا ثمّ غيّر أخذناه بالأوّل وطرحنا الأخير»(3)، بدعوى أنّ ظاهرهما انّ الرجوع عن الشهاده بعد اقامتها لايسقط اعتبارها.

ولكن فى نسخه الوسائل فى صحيحه هشام: «كان أميرالمؤمنين عليه السلام لا يأخذ بأوّل الكلام دون آخره»(4)، ولايحتمل أن يكون الغلط فى نسخه الوسائل لأنّه لو كان الوارد: وكان أميرالمؤمنين يأخذ بأوّل الكلام، لما كان إيراده فى الباب الذى أورده مناسباً.

وبالجمله، مع اجمال متن الروايه لايمكن الإستدلال بها، مع أنّ اطلاقها ممّا

1- (1) الوسائل:18، الباب 10 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 238.
2- (2) التهذيب 6:310، الحديث 853.
3- (3) الوسائل:18، الباب 11 من أبواب الشهادات، الحديث 4:239.
4- (4) المصدر نفسه: الباب 4 من أبواب آداب القاضى، الحديث 3:158.

ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به، لم ينقض الحكم [1]، وكان الضمان على الشهود.

الشَرح:

لايمكن الأخذ به فيماكان آخر الكلام قرينه على المراد من أوّل الكلام.

وأمّا روايه السكونى فقد رواها الصدوق قدس سره عن النبى صلى الله عليه و آله مرسلاً، وفى نقله: «من شهد عندنا بشهاده ثم غيّر أخذنا بالأُولى وطرحنا الأُخرى»(1)، وهذه وإن يمكن الاستظهار كما ذكر كاشف اللثام ولكنّها لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

ورواها الشيخ بسنده عن محمّد بن أحمد بن يحيى ومتنها كما نقلنا، وظاهر قوله عليه السلام : «انّ النبىّ صلى الله عليه و آله قال: من شهد عندنا ثمّ غيّر أخذناه بالأوّل وطرحنا الأخير»(2)، أخذ الشاهد بأوّل كلامه.

وهذا لايجرى إلاّ فى مثل الإقرار، حيث انّ العدول عنه ولو فى آخر كلامه غير مسموع لايوجب ترک أخذه بما أقرّ به أوّلاً، ولكن الشاهد المزبور فى المقام لايؤخذ وإنّما يؤخذ بشهادته كما لايخفى، وممّا ذكر يظهر أنّ رجوعهما ينافى شهادتهما حتى ما إذا عادا إليها.

[1] وأمّا إذا كان رجوعهما بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلاينقض الحكم بل يكون الضمان عليهما، بلاخلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلک صحيحه جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شاهد الزورقال: «ان كان الشىء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل».(3)

وفى صحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شهاده الزور: «ان كان قائماً وإلاّ

1- (1) الفقيه 3: 43.
2- (2) التهذيب 6:282.
3- (3) الوسائل:18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 2و3:239.

....

الشَرح:

ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل».(1)

وهاتان المحتمل اتّحادهما وإن وردتا فی شاهد الزور إلاّ أنّ الاتلاف الموجب للضمان یجری فی صوره الرجوع أیضاً لنفوذ الحکم بعد صدوره بمیزانه، بل یمکن الاستدلال بمعتبره السکونی المتقدمه فی صوره الحکم وانقضاء الاستیفاء، حیث إنّ مقتضاها أخذ الشاهد بشهادته الأوّلیه و معنی أخذه بها ضمانه.

وبالجمله: فلا موجب لرفع الید عن الحکم الحاصل بموازینه فیما إذا حصل الرجوع بعده و بعد الاستیفاء، بلا فرق فی ذلک بین حقوق اللّه و حقوق الناس، و یدلّ علی ضمان الشهود فی حق اللّه أیضاً صحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل شهد علیه رجلان بأنّه سرق فقطع یده، حتی إذا کان بعد ذلک جاء الشاهدان برجل آخر، فقال: هذا السارق ولیس الذی قطعت یده إنّما شبهنا ذلک بهذا، فقضی علیهما أنّ غرمهما نصف الدیه ولم یجز شهادتهما علی الآخر».(2)

وفی معتبره السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام : «فی رجلین شهدا علی رجل أنّه سرق فقطعت یده، ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علینا، غرما دیه الید من أموالهما خاصّه، وقال فی أربعه شهدوا علی رجل أنّهم رأوه مع امرأه یجامعها وهم ینظرون، فرجم، ثمّ رجع واحد منه، قال: یغرم ربع الدّیه إذا قال: شبّه علیّ، وإذا رجع اثنان و قالا: شبّه علینا، غرما نصف الدیه، وإن رجعوا کلّهم وقالوا: شبّه علینا، غرموا الدیه، وإن قالوا: شهدنا بالزور، قتلوا جمیعاً».(3)

وهذه کما قبلها وإن وردت فی رجوع الشاهد أو الشهود بموجب الحد ولکن لا فرق بین الحدود وغیرها ولو بملاحظه ما تقدم.

ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان حدّاً للّه نقض الحكم[1] للشبهه الموجبه للسقوط، وكذا لو كان للآدمى كحد القذف أو مشتركاً كحدّ السرقه.

الشَرح:

[1] المشهور عند الأصحاب أنّه إذا رجع الشهود بموجب الحد عن شهادتهم بعد الحكم وقبل الاستيفاء ينقض الحكم، بلا فرق بين كون الحدّ من حق اللّه المحض أو غيره، وعلّلوا ذلک بأنّ الحدود مبنيّه على التخفيف وتدرء بالشبهه ورجوع الشاهد عن شهادته يحسب شبهه، بل ألحقوا بالحدود، القصاص فإنّ القتل خطره عظيم ومورد للاحتياط.

وصرّح بعضهم انّ الساقط بالرجوع نفس الحدّ لا سائر مايترتب على ارتكاب الموجب، من نشر الحرمه وانتقال ماله إلى ورثته، كما إذا شهدا بالإرتداد ورجعا عن شهادتهما بعد الحكم، فإنّ الساقط قتل المشهود عليه بالارتداد لا انتقال أمواله إلى ورثته واعتداد زوجته.

وإذا أُلحق القصاص بالارتداد فى سقوطه برجوع الشاهدين أو أحدهما، فهل يطالب المشهود عليه بالديّه أو لايطالب بشىء، فإنّ الدّيه تطالب بالمصالحه فى مورد القصاص أو لثبوت الموضوع لها وهو القتل خطأً، والمفروض عدم ثبوته وعدم المورد للمصالحه لفقد القصاص.

ولكن يقال: انّ نقض الحكم برجوعهما قبل الاستيفاء ينافى ما دلّ على نفوذه، ومع الدليل على نفوذ الحكم لاشبهه فى البين بحسب الظاهر، وأمّا الشبهه واقعاً فهى تجرى حتى فى صوره عدم رجوع الشهود عن شهادتهم، ولعلّه لذلک تردّد فى نقض الحكم قبل الاستيفاء الفاضلان وفخر المحققين.

بل قيل بأنّه لو أجاز نقض الحكم قبل الاستيفاء برجوع الشاهد جرى جواز النقض فى العقوبات التى لا تدخل فى الحدود كالقتل والجرح قصاصاً،

....

الشَرح:

وفی الفروج لعظم خطرها وعدم استدراک فائت البضع.

أقول: لا یبعد القول بسقوط الحدّ برجوع الشهود فی الحدود قبل اجرائها حتی فیما إذا کان الرجوع بعد الحکم، بل لا یترتب سائر التوابع أیضاً مع الرجوع وذلک فإنّه لم یقم دلیل فی اجراء الحد علی اعتبار الحکم والقضاء، بل المقدار الثابت هو أن یثبت الإرتکاب عند الحاکم، فعلیه مع ثبوته عنده إجراء الحد ولا یعتبر انشاء الحکم أوّلاً، والثابت اعتبار الحکم والقضاء فی موارد الدعاوی وفصل الخصومات.

وعلیه یکون رجوع الشاهد عن شهادته قبل اجراء الحدّ لمعارضه شهادته الثانیه مع الأُولی، لو لم نقل إنّ شمول دلیل الاعتبار علی الثانیه یوجب انحلال الشهاده الأولیّه.

ویمکن استظهار سقوط الحدّ أو تأیید السقوط بصحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی رجل جاء به رجلان وقالا: إنّ هذا سرق درعاً، فجعل الرجل یناشده لما نظر فی البیّنه، وجعل یقول: واللّه لو کان رسول اللّه صلی الله علیه و آله ما قطع یدی أبداً، قال: ولِمَ؟ قال: یخبره ربّه أنی بریء فیبرأنی ببرائتی، فلمّا رأی مناشدته إیّاه دعا الشاهدین فقال: اتّقیا اللّه ولاتقطعوا ید الرجل ظلماً وناشدهما، ثمّ قال: لیقطع أحدکما ویمسک الآخریده الحدیث».(1)

فإنّه ظاهرها سماع شهاده الشاهدین وثبوت السرقه بشهادتهما، فقوله علیه السلام بعده: «اتقیا ولا تقطعوا ید الرجل»، ظاهره أنّه لو أبدیابطلان شهادتهما ولو بخطائهما فی شهادتهما لم یجر علیه حدّ السرقه ولو بعد القضاء أی ثبوت السرقه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 33 من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث 2:345.

وفى نقض الحكم لما عدا ذلک من الحقوق، تردّد، أمّا لو حُكم وسلم فرجعوا والعين قائمه، فالأصحّ انّه لا ينقض ولاتستعاد العين، وفى النهايه: تردّه على صاحبها، والأوّل أظهر[1].

الخامسه: المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً فاستوفى ثمّ رجعوا فان قالوا تعمدّنا، اُقتصّ منهم[2]، وان قالوا: أخطأنا كان عليهم الديه.

الشَرح:

[1] قد ظهر ممّا ذكرنا فى الحدود أنّه لا مجال للالتزام بنقض الحكم فى موارد الدعاوى المخاصمات بعد صدور الحكم بميزانه وشمول خطاب النفوذ له برجوع بعض الشهود عن شهادتهم، سواء كان الرجوع قبل تسليم العين إلى المشهود له أم بعده، غايه الأمر يكون على الراجع ضمان البدل للمشهود عليه، أخذاً له باعترافه بإتلاف العين عليه، نظير الضمان فى موارد الإقرار بعد الإقرار، ويقتضى ذلک معتبره السكونى المتقدمه، حيث مقتضاها انّ مع بقاء العين أيضاً يؤخذ الشاهد بشهادته.

كما يدلّ على ذلک مرسله جميل بن دراج حيث ورد فيها: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا»(1)، فإنّ مقتضى الإطلاق تغريم الشهود مع بقاء العين وعدمه.

وما ورد فى بعض الروايات المتقدّمه انّ مع بقاء العين تردّ إلى صاحبها، فهى ناظره إلى صوره بطلان القضاء لكون الشهاده زوراً، وهو غير مسأله رجوع الشاهد عن شهادته كما لايخفى.

[2] إن كان المشهود به موجباً للقصاص قتلاً أو جرحاً، أو كان موجباً للحدّ قتلاً أو رجماً فاستوفى القصاص أو الحد ثمّ رجع الشهود عن شهادتهم، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ من الشهود، وإن قالوا: أخطأنا، فعليهم الديه فى أموالهم، حيث لم يقم دليل على

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب الشهادات، الحديث1:238.

وان قال بعضهم تعمدّنا، وبعض أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص، وعلى المقرّ بالخطأ نصيبه من الديه[1]، ولولىّ الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن ديه صاحبه، وله قتل البعض ويردّ الباقون قدر جنايتهم.

الشَرح:

كونها على العاقله فى رجوع الشهود، بل ظاهر بعض ما ورد فى رجوع الشاهدين أنّ الديه من أموالهما، كما أنّ ظاهر غيرها كون التكليف باداء الديه متوجهاً إلى الشاهد.

وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن علىّ عليهم السلام فى رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثمّ رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما ديه اليد من أموالهما خاصّه».(1)

وفى معتبره مسمع كردين عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فيأربعه شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثم رجع أحدهم فقال: شككت فى شهادتى، قال: عليه الديه، قال: قلت: فإن قال: شهدت عليه متعمداً؟ قال: يقتل».(2)

ثمّ إنّ كلّ ما ورد فى رجوع الشاهدين ظاهره قبول قوله فى كون شهادته التى رجع عنها بنحوالخطاء أو التعمد.

نعم ذكر فى الجواهر أنّه لو منع عن قبول قوله فى التعمّد والخطأ فهل يلزم بالديّه لأنّه لا يبطل دم امرء مسلم أو يتوقف حتى يعلم الحال و لو بموت الشاهد ونحوه لينتقل الأمر إلى الديه، الأقوى الأوّل، ويستفاد ما ذكره قدس سره من الاستدلال فى بعض ما ورد فى تعليل الديه فى بعض مواردثبوت القتل.

[1] قد تقدم أنّ الشاهد فيما إذا رجع عن شهادته يقبل قوله فى أنّ شهادته السابقه كانت خطأ أو عمداً، وعليه فإن قال بعض الشهود: تعمّدت، وقال بعض الآخر:

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب الشهادات، الحديث 2:243.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 3:240.

ولو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمدّت، فان صدّقه الباقون[1] كان لأولياء الدم قتل الجميع، ويردّون ما فضل عن ديّه المرجوم، وان شاءوا قتلوا واحداً، ويردّ الباقون تكمله ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول، وان شاء واقتلوا أكثر من واحد، ويردّ الأولياء ما فضل من ديه صاحبهم، وأكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد نصيب المقتولين.

وأمّا لو لم يصدّقه الباقون [2] لم يمض اقراره إلاّ على نفسه فحسب، وقال الشَرح:

أخطأت، فعلى المعترف بالتعمّد القصاص وعلى المعترف بالخطأ الديه، ولولىّ الدم قتل المقرّين بالتعمد ودفع مايفضل عن ديه المرجوم على أولياء الشاهد المقتول بالقصاص، ويأخذ من المعترف بالخطأ مقدار ما عليه من الديه.

وإذا قال اثنان من شهود الزنا: تعمّدنا، واثنان آخران: أخطأنا، واقتصّ ولىّ المرجوم من المقرّين بالتعمّد، يدفع إلى أولياء كل من الشاهدين المقتولين بالقصاص ثلاثه أرباع ديته ويأخذ من المعترفين بالخطأ كل منهما بربع الديه.

[2] المراد أنّ يقول الباقون: نعم تعمّدنا فى الشهاده.

[3] المراد أن يقول الباقون: لا نرجع عن شهادتنا، ففى هذا الفرض يكون اقرار الشاهد الراجع عن شهادته نافذاً فى حقه، لكونه إقراراً على نفسه فلولّى المرجوم القصاص منه مع ردّ فاضل ديته أو أخذ الديه منه بحسب نصيبه.

وذكر الشيخ قدس سره فى النهايه ان اقتصّ منه ولىّ المرجوم يدفع الباقون من شهود الزناثلاثه أرباع الديه إلى ورثه الشاهد المقتول قصاصاً.

ولعلّه قدس سره اعتمد فيما ذكر مع كونه على خلاف القاعده على روايه إبراهيم بن نعيم الأزدى قال: «سألت أباعبداللّه عليه السلام عن أربعه شهدوا على رجل بالزنا فلمّا قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الراجع ويؤدى الثلاثه إلى أهله ثلاثه أرباع الديه».(1)

1- (1) الوسائل: 18 ، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 2 : 240 .

فى النهايه: يقتل ويرد عليه الباقون ثلاثه أرباع الديه، ولا وجه له، ولو شهدا بالعتق فحكم ثمّ رجعاضمنا القيمه[1] تعمّداً أو خطاءً، لأنّهما أتلفاه بشهادتهما.

السادسه: إذا ثبت أنّهم شهدوا بالزور نُقض الحكم[2] واُستعيد المال، وإن

الشَرح:

وفيه: مع عدم ثبوت توثيق لإبراهيم بن نعيم الأزدى يحمل على دعوى الثلاثه الخطأ فى رجوعهم، كما يحمل قتل الراجع بصوره اقراره بالتعمّد، بقرينه ما استفدنا من الروايات المتقدمه انّ وجه الضمان اتلاف الشاهد، فإن كان مع التعمد يثبت القصاص وفى غيره الديه.

بقى أمر، وهو أنّه إذا شهدوا بالزنا الموجب للجلد فجلد، فاتّفق موته بالجلد، ثمّ رجع بعضهم وقال: تعمّدت، تثبت الديه بمقدار شهادته، حيث إنّ الرجوع الموجب للقتل ما إذا شهدوا بموجبه، وأمّا الشهاده بما لايوجبه ويقع الموت معه اتفاقاً، فيبقى التعمّد فيه فى الاتلاف خطأً.

[1] إذا شهدا بأنّ مولاه قد أعتقه، فحكم بحصول العتق، ثمّ رجعا عن شهادتهما لم يبطل الحكم، لما تقدم من أنّ الرجوع عن الشهاده بعد الحكم لا ينقض الحكم، وبما أنّ رجوعهما اعتراف باتلافهما العبد على مولاه ضمنا له قيمته، والقيمه فى القيميّات وقت الإتلاف وهو حصول الحكم من الحاكم.

والقول بعود العبد إلى الرق فيردّ على مولاه، كما عن بعض العامه، بلا وجه، حتى فيما إذا اعترفا بالتعمّد فإنّ الاتلاف الموجب للضمان لا يفرق فيه بين التعمد وغيره.

[2] المراد بشهاده الزور الشهاده الباطله، وإذا علم الحاكم بطلان الشهاده المزبوره علماً وجدانياً ولو بالقرائن نقض حكمه، حيث تبين أنّه لم يكن على موازين القضاء،

تعذّر غُرّم الشهود، ولو كان قتلاً ثبت عليهم القصاص وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقرّوا بالعمد، ولو باشر الولىّ القصاص واعترف بالتزويرلم يضمن الشهود وكان القصاص على الولى.

الشَرح:

وإنّه لم تكن أقوال الشهود بيّنه.

وهذا النقض نظير ما تقدم سابقاً من ظهور حال الشهود وإنّهم كانوا عند اداء الشهاده فسّاقاً، وهذا غير قيام البيّنه بأنّهم كانوا عند شهادتهم بشاهدى الزور، فإنّ هذه البيّنه مع الحكم لاتسمع.

كما أنّ هذه المسأله غير مسأله رجوع الشاهدين عن شهادتهم بعد الحكم، سواء قالوا: تعمدنا، أم قالوا: أخطأنا، فإنّ قبول رجوعهم كان من باب سماع الإقرار على أنفسهم.

وفى صحيحه جميل عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شاهد الزور قال: «إن كان الشىء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من الرجل»(1)، وقريب منها صحيحته الأُخرى».(2)

ولو كان المشهود به قتلاً ثبت عليهم القصاص، ويدلّ عليه ما ورد فى رجوع الشهود وانّهم إذا أقرّوا بالعمد قتلوا، حيث إنّ تبيّن كون شهادتهم زوراً لا يقصر عن مسأله اقرارهم.

نعم لو باشر الولى القصاص واعترف بالتزوير وعلمه ببطلان شهاده الشهود يكون الضمان عليه ويقتصّ منه، لأنّه المباشر فى القتل، ويدخل فى الموارد التى يكون المباشر فيها أقوى فى نسبه القتل إليه، كما ظاهر كلام الماتن فى اثباته القصاص على الولى مع اعترافه بالتزوير.

السابعه: إذا شهدا بالطلاق ثمّ رجعا، فان كان بعد الدخول لم يضمنا[1]، وان كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمّى[2]، لأنّهما لايضمنان إلاّ مادفعه

الشَرح:

وقد يقال بأنّه مع رجوع الشهود يكون الولى شريكاً فى القتل ويثبت القصاص أو الديه على الجميع ويلزم على ذلک مع اعترافه وحده بالخطأ ان يكون عليه ربع الديه.

وبالجمله: الكلام فى المقام، فى أنّ القتل بعنوان القصاص أو الحدّ مستند إلى الولى المباشر خاصّه والشهود نظير الممسک للقاتل، أو أنّ استناده إليهم كاستناد القتل إلى متعدّد.

[1] والوجه فى ذلک أنّهما لم يفوّتا على الزوج شيئاً من مهرها، لاستقراره عليه بالدخول كما هو الفرض.

ربّما يخطر بالبال أنّهما اتلفا على زوجها بضعها فيما لم يكن المشهود به طلاقاً رجعياً، أو كانت شهادتهما بالطلاق الرجعى الذى انقضت فى زمن أدائهما الشهاده عدتها، ولكن البضع لا يضمن، ولذا لا تضمن المرأه لزوجها بقتلها نفسها، وكذا لا يضمن الغير لزوج المرأه بقتلها.

وذكر فى كشف اللثام انّه لو صحّ ضمان البضع لزم أن لا ينفذ طلاق الزوج المريض إلاّ من الثلث وإن لا ينفذ فيما كان للزوج دين محيط بتركته.

ولكن لا يخفى مافيه، فإنّه لو فرض بأنّ الطلاق اتلاف البضع و البضع يضمن، فهو بالاضافه إلى زوجها لابالاضافه إلى الورثه أو الديان، فلا مانع عن طلاق الزوج مع احاطه دينه تركته، وكذا فى طلاق المريض.

نعم فى طلاق المريض بالاضافه إلى إرث زوجته تفصيل مذكور فى كتاب الطلاق و لايرجع إلى مسأله تفويت البضع، هذا بالاضافه إلى الشهاده على الزوج المطلّق بطلاقه بعد دخوله.

[2] وأمّا إذا كانت الشهاده بالطلاق قبل دخوله، فقد ذكر الماتن أنّ الشاهدين

ص :585

المشهود عليه بسبب الشهاده.

الشَرح:

برجوعهما بعد الحكم بالطلاق يضمنان للزوج نصف المهر، وهذا منسوب إلى المشهور، ولكن لايمكن المساعده عليه، بل الشاهدان كفرض الدخول لايضمنان شيئاً، فإنّهما لم يتلفا على زوجها نصف المهر، لاستقرار نصف المهر على الزوج بمجرّد العقد يعنى النكاح، وإنّما الطلاق يوجب سقوط النصف الآخر عن ذمه الزوج أو خروجه عن ملک المرأه.

نعم، فى المقام فروض أُخرى:

منها: ما إذا شهد الشاهدان بطلاق امرأه زوراً فاعتدّت المرأه و تزوجت زوجاً آخر استناداً إلى شهادتهما وكان الزوج غائباً فجاء وأنكر الطلاق، فيفرّق بين المرأه ومن تزوجت نفسها منه أخيراً، وتعتدّ منه عدّه وطأ الشبهه، ويضمن الشاهدان الصداق للزوج الأخير ويضربان حدّ شهاده الزور، وقد ورد فى موثقه سماعه و غيرها: انّ شهود الزور يجلدون حدّاً ليس فيه وقت أى عدد معين(1)، ويعبّر عنه بالتعزير ويلزم على ذلک حرمتها للأخير مؤبداً.

ويشهد لما ذكر صحيحه ابراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبداللّه عليه السلام فى شاهدين شهدا على امرأه بأنّ زوجها طلّقها، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق قال: «يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج، ثمّ تعتد، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل».(2) وظاهر الحد حدّ شهاده الزور.

وبالجمله: فذكر الحدّ فى الصحيحه قرينه جليّه على وقوع الطلاق بشهاده الزور أو اعتراف الشاهدين بأنّهما قد شهدا بالطلاق زوراً فى كلتا الصورتين.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب الشهادات، الحديث 1و2: 244.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 241.

....

الشَرح:

ومنها: ما إذا فرض أنّهما شهدا على الزوج الغائب بأنّه طلّقها وتزوّجت بعد عدّتها بآخر، ثمّ جاء الزوج فأنكر الطلاق وكذّب أحد الشاهدين نفسه، وفى هذا الفرض أيضاً يحكم ببطلان الزواج الثانى وضمان الشاهد الذى كذّب نفسه المهر.

ويشهد لذلک صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «فى رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلّقها، فاعتدّت المرأه وتزوجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم، فزعم أنّه لم يطلّقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذى شهد و رجع، فيردّ على الأخير ويفرّق بينهما وتعتدّ من الأخير ولا يقر بها الأوّل حتى تنقضى عدّتها».(1)

وما قيل من أنّ الدخول من الثانى يوجب المهر عليه، فلا معنى لضمان الشاهدين الراجعين أو الشاهد الذى كذّب نفسه، لا يخرج عن الاجتهاد فى مقابل النص، وقد ثبت الضمان على الغير فى بعض الموارد كمورد التدليس.

نعم، قد يقال انّ الحكم ممّا لاينبغى التأمّل فيه فى مورد شهاده الزور، وأمّا عمومه فيما إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما وقالا: تعمّدنا، أو قال أحدهما: تعمّدت، فهذا لا يوجب بطلان الشهاده الأُولى وعدم ثبوت الطلاق، خصوصاً فيما كان الراجع أحدهما، كما هو مورد صحيحه محمد بن مسلم.

ولكن لا يمكن المساعده عليه، فإنّه لا مانع من الالتزام بأنّ الحكم فى صوره الشهاده على الغائب بطلاق زوجته كذلک، بلا فرق بين ظهور شهاده الزور فى الشهاده بالطلاق أو اعتراف الشاهدين أو أحدهما بأنّه كان زوراً، وحتى مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق اعتماداً على الشهاده المزبوره.

1- (1) المصدر نفسه: الحديث 3: 242.

....

الشَرح:

ولا يجرى هذا فيما إذا كان شهادتهما مع حضور الزوج أو مع غيابه، ولكن كان رجوع الشاهدين أو احدهما بدعوى الخطأ والتشكيک فى تلک الشهاده، مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما.

أللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّه لم يفرض فى الصحيحتين حكم الحاكم بوقوع الطلاق و رفع اليد عن نفوذه فى صوره اعترافهما بالتعمد فى شهادتهما كذباً، فضلاً عن اعتراف أحدهما بلا موجب، وهذا غير بعيد، واللّه العالم.

ومنها: ما إذا شهد الشاهدان بموت زوجها فاعتدّت ثمّ تزوجت فجاءها زوجها، و فى هذه الصوره يحكم ببطلان الزواج الثانى بل حرمتها عليه مؤبّداً.

وفى صحيحه أبى بصير فى امرأه شهد عندها شاهدان بأنّ زوجها مات، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها الأوّل قال: «لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد، ويضمنان المهر لها بما غرّا الرجل، ثمّ تعتد، وترجع إلى زوجها الأوّل».(1)

ولا يفرق فى هذه الصوره حكم الحاكم وعدمه لبطلان الحكم بظهور حياه الزوج، وضرب الحدّ قرينه واضحه على أنّها ناظره إلى صوره وقوع الشهاده زوراً وعمداً، فلا يستظهر الضمان فى صوره دعوى الاشتباه والخطأ، خصوصاً بملاحظه التعبير فيها عن الضمان بما غرّا الرجل، وأن يقال إنّ هذا التعبير فى نسخه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب الشهادات، الحديث 2: 242.

فروع:

الأوّل: إذا رجعا معاً ضمنا بالسويه، وان رجع أحدهما ضمن النصف[1]، ولو ثبت

الشَرح:

[1] الوجه فی ذلک، أنّه یستفاد ممّا ورد فی شاهد الزور انّ شهادته تسبیب فی اتلاف المال بحسب شهادته، و تقدم أیضاً عدم الفرق فی التسبیب للاتلاف بین شهاده الزور وبین الرجوع بعد الحکم، وذکرنا أنّه یمکن استفاده الضمان بالرجوع بعد الحکم من معتبره السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام انّ النبی صلی الله علیه و آله قال: «من شهد عندنا ثمّ غیّر أخذناه بالأوّل وطرحنا الأخیر»(1)، حیث إنّ ظاهر أخذ الشاهد بالشهاده الأولی مع تغییره إیّاها بعد الحکم تضمینه.

وعلی ذلک، فلو کان الثابت بشهاده رجلین ورجعا فعلی کلّ واحد النصف، وإن رجع أحدهما دون الآخر فعلی الراجع النصف دون الزائد، ولو کان بشهاده رجل وامرأتین و رجع الرجل فعلیه النصف وإن رجعت إحداهما فعلیها الربع.

وهذا کلّه فیما إذا ثبت المال بالشهاده، وأمّا إذا ثبت بشهاده رجل ویمین المدعی، أو بشهاده امرأتین مع یمینه، فقد یقال فی الفرض الأوّل: إن رجع الرجل فعلیه النصف، وفی الفرض الثانی: إن رجعت المرأتان فعلیهما النصف، وإن رجعت احداهما فعلیها الربع، لأنّ ثبوت المال واتلافه مستند إلی حلف المدّعی وشهاده الرجل، أو إلی حلفه وشهاده المرأتین الّتی تقوم شهادتهما مقام شهاده رجل.

وقد یقال بعدم التقسیط علی الحلف، بل یکون تمام الضمان علی الرجل فی الأوّل وعلی المرأتین فی الثانی، حیث إنّ المال یثبت بشهادته أو شهادتهما ویمین المدعی شرط فی قبول شهادته أو فی قبول شهادتهما.

ولکن ظاهر ما ورد فی ثبوت الدعوی بشاهد ویمین کون ثبوتها بهما معاً، وعلیه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب الشهادات، الحديث 4: 239.

بشاهد وامرأتين فرجعوا، ضمن الرجل النصف وضمنت كل واحده الربع، ولوكان عشر نسوه مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس[1]، وفيه تردّد.

الشَرح:

فإن رجع الشاهد يكون عليه النصف.

وأمّا إذا رجع المدّعى فى حلفه فهو اعتراف منه بعدم استحقاقه المال ولو بحسب الظاهر يعنى الحكم الظاهرى فيضمن المال، بل عليه ردّ العين إلى المدّعى عليه أخذاً باقراره، ولا أثر لرجوع الشاهد فى الفرض كما لا يخفى، لأنّ مع اعتراف المدّعى بعدم استحقاقه المال لا تكون شهاده الشاهد اتلافاً رجع أم لا، ولذا يقال: كل مقام يرجع المدعى فيه يختصّ بضمان ما استوفاه ولاغرم على الشاهد.

[1] ضمان السدس مبنى على الالتزام بأمرين:

الأوّل: أنّ شهاده كل امرأتين تساوى شهاده رجل واحد فيما يقبل شهاده النساء منضمّه إلى الرجل وكنّ النساء أزيد من العدد المعتبر فى قبول شهادتهن مع الرجل، وفى مقابل ذلک من يلتزم بأنّ شهاده مجموع النساء حتى مع كونهن أزيد من العدد المعتبر تساوى شهاده رجل واحد.

الثانى: أن يلتزم مع كون الشهاده أزيد من العدد اللازم فى ثبوت المشهود به، بأنّ الغرم يقسّط على الجميع بحساب شهادتهم، لأنّ الحكم يثبت بشهاده الجميع، وفى مقابل ذلک القول بأنّه لايثبت الغرم على الراجع فيما لم تكن شهادته معتبراً فى ثبوت المشهود به، فلعدم دخاله شهادته فى ثبوته لايغرم مع رجوعه.

وإذا بنى على ما ذكر من الأمرين، يلزم فيما شهد رجل مع عشره نسوه إن يثبت على الرجل مع رجوعه غرم سدس المشهودبه، وإن يثبت على كلّ امرأه ترجع فى شهادتها بعد الحكم غرم نصف سدس المشهود به، وبما أنّ الأمرين كل منهما مورد المناقشه كما نذكر فى الفرع الثانى تردّد فى الغرم بالسدس.

الثانی: لو کان الشهود ثلاثه، ضمن کل واحد منهم الثلث، ولو رجع واحد منفرداً، وربّما خَطَر انّه لا یضمن لأنّ فی الباقین ثبوت الحق [1]، ولایضمن الشاهد مایحکم به الشَرح:

[1]قد یقال کما عن الشیخ وجماعه انّ الشهاده إذا کانت بأکثر ممّایعتبر فی ثبوت المشهود به، فعلی الراجع بعد الحکم الغرم بحسب شهادته فی الواقعه، فلو کان ثبوت المال بشهاده ثلاثه رجال فرجع أحدهم بعد الحکم فیضمن ثلث المال، ویستدلّ علی ذلک بوجهین:

الأوّل: إنّ الشهاده الزائده وإن لم تکن معتبره فی الحکم بثبوت المشهود به إلاّ أنّ الحکم بثبوته فعلاً مستند إلی شهاده الجمیع، وعلیه فمن رجع فعلیه الغرم بحسب شهادته.

وفیه: انّ الحکم وإن صدر بعد شهاده الجمیع، إلاّ أنّ شهاده الزائده غیر دخیله فی ثبوته، فالراجع عن شهادته مع کون شهادته زائده علی النصاب لم یتلف علی المشهود علیه شیئاً.

الثانی: الاستدلال بصحیحه محمد بن مسلم عن أبی عبداللّه علیه السلام فی شاهد الزور ماتوبته؟ قال: «یؤدی من المال الّذی شهد علیه بقدر ما ذهب من ماله، إن کان النصف أو الثلث إن کان شهد هذا وآخر معه»(1)، حیث قیل: ولو لم یکن التقسیط بحسب شهاده الشهود أجمع لم یکن فی البین التقسیط بالثلث، فإنّه لا یعتبر فی ثبوت المال شهاده ثلاثه رجال.

وفیه: انّه لا دلاله للصحیحه علی التقسیط، فإنّ موردها شهاده الزور، وفی مورد شهاده الزور یکون اتلاف المال علی المشهود علیه مع عدم بقائه مستنداً إلی شهاده الإثنین، وبما أنّه لا یتعین للاثنین یقسّط الغرم علی الجمیع، ونظیره ما إذا رجع

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب الشهادات، الحدیث 1: 239.

بشهاده غيره للمشهود له، والأوّل اختيار الشيخ رحمه اللّه ، وكذا لو شهد رجل وعشر نسوه فرجع ثمان منهن، قيل: كان على كلّ واحده نصف السدس لاشتراكهم فى نقل المال، والإشكال فيه كما فى الأوّل[1].

الشَرح:

الشهود الثلاثه عن شهادتهم بعد الحكم، فإنّ الغرم على الإثنين منهم، ولكن بما أنّه لامعيّن للاثنين يقسّط الغرم على الجميع.

ويترتب على ذلک أنّه لو رجع اثنان منهم بعد الحكم فيغرم الراجعان نصف المال، لأنّ شهاده رجلين هو الموجب للحكم وأحدهما لم يرجع و رجع الآخر، وبما أنّه لامعين لذلک الآخر فيغرمان النصف المزبور.

ولكن يمكن أن يجاب عن المناقشه فى دلاله الصحيحه، بأنّه لو كان ضمان الثلث من هذه الجهه لكان على الإمام عليه السلام أن يحكم بضمان شاهدى الزور اللذين شهدا أوّلاً، لا الحكم بضمان الثلث مطلقاً حتى فى صوره العلم، بأنّ أى من الشهود شهد أخيراً، وعليه يقوّى الحكم بالتقسيط بحسب شهاده الشهود. وبهذا يظهر الحال فى باقى الفروض.

وبالجمله: تحديد البينه بشاهدى العدل إنّما هو بالاضافه إلى الأقل، نظير تحديد أقلّ الجمع بثلاثه والزائد على شاهدى العدل مع وجوده يدخل فى البيّنه، كما يدلّ على ذلک ما ورد فى تعارض البينتين فى بعض الموارد من تقديم بينه يكثر أفرادها على البينه الأُخرى.

[1] قد تقدم أنّ فى ضمان الرجل السدس وفى ضمان كل امرأه نصف السدس اشكالاً آخر غير اشكال التقسيط، وهو بما أنّه يعتبر فى سماع شهادتهن انضمام الرجل فيثبت بشهاده الرجل نصف المال ويقسّط نصفه الآخر على شهادتهن بناءً على التقسيط، فيكون على كلّ إمرأه ترجع عن شهادتها نصف عشر المال.

الثالث: لو حكم، فقامت البيّنه بالجرح مطلقاً، لم ينقض الحكم[1]، لاحتمال التجدّد بعد الحكم، ولو تعيّن الوقت و هو متقدّم على الشهاده نقض، ولوكان بعد الشهاده وقبل الحكم لم ينقض.

الشَرح:

وبالجمله: فلم تنزل شهاده الرجل منزل شهاده المرأتين فما زاد ليكون عليه سدس المال، بل المرأتين فما زاد نزلت شهادتهما منزله شهاده رجل واحد.

[1] مراده قدس سره إذا قامت بينه بفسق الشاهدين اللذين صدر الحكم بشهادتهما وكانت البينه القائمه بعد الحكم مطلقه، يعنى لم يعين أنّهما كانا فاسقين عند شهادتهما لم ينقض الحكم، لإحتمال حدوث فسقهما بعد الحكم، فلم يظهر الخلل فى ميزان الحكم الصادر.

وكذا الحال فيما عيّنا فسقهما بعد اداء شهادتهما وقبل الحكم، لماتقدم من أنّ طريان الفسق على الشاهد بعد اداء شهادته لا يضرّ بالحكم، حيث إنّ المعتبر عداله الشاهد عند اداء شهادته.

نعم، إذا شهدت البينه بفسقهما حال اداء شهادتهما أو فسق أحدهما فى تلك الحال نقض الحكم، لقيام البينه بأنّ الحكم لم يكن بميزان القضاء.

ودعوى انّ الميزان فى القضاء عداله شاهدى البينه عند اداء الشهاده واقعاً أو ظاهراً ولا يعتبر خصوص العدل الواقعى، فلا يكون قيام البينه بفسقهما حال ادائهما الشهاده مضراً بصحّه الحكم الصادر لا يمكن المساعده عليها، فإنّ الاكتفاء بالعدل الظاهرى نظير الاكتفاء باحراز الشرط بالحكم الظاهرى فى سائر الموارد، ولا يسقط فى تلك الموارد واقع الشىء عن الشرطيه كما هو الحال فى المقام أيضاً، فإنّه مقتضى الخطابات الوارده فى عدم قبول شهاده الفاسق وشارب الخمر أو غيره.

ودعوى أنّ الظفر بالبيّنه بعد الحكم لايوجب نقض الحكم، فكيف يكون الظفر

وإذا نقض الحكم فإن كان قتلاً أو جرحاً فلا قَوَد[1]، والديه فى بيت المال، ولو كان المباشر للقصاص هوالولى، ففى ضمانه تردّد، والأشبه أنّه لا يضمن، مع حكم الحاكم وإذنه، ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن الديه.

الشَرح:

بالبيّنه الجارحه موجباً له لا يمكن المساعده عليها، فإنّ البيّنه التيلايفيد الظفر بها بعد الحكم هى بينه المدعى بدعواه، فإنّه إذا لم يقم البينه وطالب الخصم باليمين وحلف على نفى دعواه فلا يفيده الظفر بها بعد الحكم، كما تقدم فى بحث القضاء، وتقدم أيضاً عدم جواز نقضه فيما إذا تبدل رأى القاضى واجتهاده، فإنّه لا يجوز له ولا لقاضٍ آخر نقض الحكم الصادر من قبل.

[1] ثمّ إنّه إذا نقض الحكم عند تبيّن فسق الشهود أو قيام البينه الجارحه وقد استوفى الحكم، فإن كان الاستيفاء بالقتل والجرح والقطع، سواء كان بعنوان الحد أم القصاص، فلا قصاص سواء كان المستوفى هو الحاكم أم غيره، وسواء كان الغير ممّن وكّله الحاكم أم الولّى أو من وكّله الولّى، حيث إنّ القصاص والقود يثبت على من جنى عمداً و ظلماً، والمفروض عدم تحقق ذلک.

نعم، إذا كان القطع أو القتل فى الحد يثبت الديه على بيت المال، وكذلک القصاص فيما إذا كان بأمر الحاكم واذنه كما إذا كان ولىّ الدم أو المجنى عليه قاصراً، وذلک فإنّ بيت المال معدّ لمصالح المسلمين والديه فى المقام منها، حيث لايمكن أن يقال بضمان الحاكم أو من وكّله، فإنّ ذلک ينجرّ إلى سدّ اجراء الحدّ وترک الحكم بالشهاده أو استيفاء الحقوق.

مضافاً إلى ما ورد فى روايه الأصبغ بن نباته قال: قال:أميرالمؤمنين عليه السلام : «إن ما أخطأت القضاه فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين».(1) ونحوها ما رواه

1- (1) الوسائل :18، الباب 10 من أبواب آداب القاضى، الحديث 1:165.

أمّا لو كان مالاً فإنّه يُستعاد إن كانت العين باقيه، وان كانت تالفه فعلى المشهود له، لأنّه ضمن بالقبض بخلاف القصاص، ولو كان معسراً، قال الشيخ: ضمن الإمام ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر، وفيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له، بتلف المال فى يده، فلاوجه لضمان الحاكم.

الشَرح:

الكلينى فى الموثق عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال «قضى أمير المؤمنين ان ما اخطأت به القضاه فى دم او قطع فعلى بيت مال المسلمين».(1)

وأمّا إذا كان قصاصاً استوفاه الولى، فعن الماتن قدس سره إن كان استيفاء الولى باذن الحاكم فعلى بيت المال وإلاّ كان فى ماله.

ولكن الأظهر عدم الفرق بين إذن الحاكم وعدمه، حيث وظيفه الحاكم الحكم بثبوت القصاص للولى واستيفاءه أو العفو عنه أو المصالحه بالديه، فهذا كلّه للولىّ، وإذا اختار القصاص وانكشف الخطأ فلا موجب لضمان غيره، بل ما دل على أنّ على الجانى خطأ الديه يعم الولى.

وبالجمله: إذن الحاكم فى الاستيفاء غير شرط فى القصاص وأمره موكول إلى الولى، فلا موجب لضمان الحاكم و لو بمعنى اعطاء الديه من بيت المال.

لايقال: عموم ما دلّ على ما أخطأت القضاه فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين يشمل صوره استيفاء الولى أو وكيله.

فإنّه يقال: مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذكر القطع وعدم ذكر الجرح قرينه على اختصاصه بالحد، إنّ الروايتين لضعف سندهما تأييد لما ذكرناه.

من القرينه على عدم ضمان الحاكم أو وكيله والمقدار المتيقن من ضمان بيت المال ما ذكرناه ومما ذكرنا يظهر عدم المجال لدعوى انجبار ضعفهما بعمل الأصحاب،

1- (1) الوسائل 19 الباب 7 من ابواب دعوى القتل الحديث 1 ص 111.

مسائل:

الأولى: إذا شهد اثنان انّ الميت أعتق أحد مماليكه وقيمتُه الثلث، وشهد آخران أوالورثه أنّ العتق لغيره وقيمته الثلث، فان قلنا: المنجزات من الأصل، عُتقا[1]، وان قلنا: تخرج من الثلث ، فقد أُعتق أحدهما، فإن عرفنا السابق صحّ عتقه، وبطل الآخر، وان جهل استخرج بالقرعه، ولو اتفق عتقهما فى حاله واحده، قال الشيخ: يقرع بينهما ويعتق المقروع، ولو اختلفت قيمتهما، اعتق المقروع، فإن كان بقدر الثلث صحّ وبطل الآخر، وإن كان أزيد صحّ العتق منه فى القدر الذى يحتمله الثلث، وان نقص أكملنا الثلث من الآخر.

الشَرح:

والوجه فى عدم المجال أنّ عملهم لعلّه كان بتلك القرينه.

وأما لو كان المشهود به مالاً فمع بقاءه تستعاد العين ومع تلفه فى يد المشهود له يكون عليه ضمانه حيث تلف مال الغير بيده.

نعم، لو جرت يد القاضى أو وكيله على المال فلا يبعد جواز رجوع المشهود عليه على القاضى، ويكون ضمانه على بيت المال وبعد ادائه يرجع إلى من تلف المال بيده لاستقرار الضمان عليه، على ما ذكر فى قاعده تعاقب الأيدى على مال الغير، فإنّ الضمان وإن كان على كلّ من جرت يده على العين إلاّ أنّ استقراره على من تلفت فى يده.

[1] هذا فيما إذا احتمل عتق كل منهما، ومع العلم بأنّه لم يعتق إلاّ أحدهما فيقرع فى المعتق، كما يستفاد ذلک من بعض ما ورد فى اختلاف البيّنتين وما إذا تردّد المعتق بين المتعدّد.

وكذلک الحال فيما لو قيل بأنّ منجزات المريض من الثلث فإنّه بناءً عليه يرجع فى تعيين المعتق إلى القرعه، مع عدم احراز تقدم عتق أحدهما، وإلاّ صحّ عتقه وبطل عتق الآخر، ولو اعتقهما معاً فلا يبعد الحكم بصحه العتق فى بعض كل منهما بحساب ثلثه ثلث المولى المعتق.

الثانيه: إذا شهد شاهدان بالوصيه لزيد، وشهد من ورثته عدلان انّه رجع عن ذلک وأوصى لخالد، قال الشيخ: يقبل شهاده الرجوع[1]، لأنّهما لا يجرّان نفعاً، وفيه إشكال، من حيث إنّ المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعى.

الثالثه: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصيه، وشهد شاهد بالرجوع وأنّه أوصى لعمرو كان لعمرو أن يحلف مع شاهده[2]، لأنّها شهاده منفرده لا تعارض الأُولى.

الشَرح:

[1] لو كان الموصى به عيناً فى يد غير الوارث فشهاده الورثه برجوع الموصى عن وصيته و وصيته تلک العين لخالد مسموعه كشهاده غيرهم، ولا تكون الورثه فى الفرض، المدعى عليه بالاضافه إلى العين الموصى بها، لعدم كونها بيدهم حتى يجب عليهم دفعها إلى الموصى له، بل التكليف يتوجه إلى الوصى ومن بيده العين.

نعم، إذا كانت العين بيدهم فهم المدعى عليهم بالاضافه إلى دعوى زيد، فشهادتهم برجوع الموصى عن وصيته العين له لاتسمع.

وكذا الحال فيما إذا كان الموصى به مشاعاً فى التركه التى بيد الورثه كلاًّ وبعضاً، وقد تقدم اعتبار الشاهد فى ثبوت الدعوى وكونه من غير أطراف المخاصمه.

[2] إذا شهد اثنان بأنّ الموصى أوصى العين لزيد وشهد عدل آخر أنّه قد رجع عن تلک الوصيّه وأوصاها ثانياً لعمرو، يجوز لعمرو أن يحلف مع ذلک الشاهد العدل على أنّه رجع عن وصيته وأوصى العين له.

وما ذكرنا سابقاً من أنّ الشاهد العادل وحلف المدعى لا يفيد شيئاً فى مقابل البيّنه لا يجرى فى المقام، فإنّ ما ذكرناه يختصّ بصوره تعارض البيّنه مع شاهد عدل ويمين المدعى، وفى المقام لا تعارض بينهما، حيث إنّ ما شهدت به البيّنه لزيد وصيه العين له، وهذا لا ينافى رجوع الموصى عن تلک الوصيه و وصيته العين لآخر، كما يشهد به الشاهد الآخر.

الرابعه: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران انّه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل [1] لعدم التعيين، فهى كما لو شهد بدار لزيد أو لعمرو.

الشَرح:

وبما أنّ دعوى المال تسمع وتثبت بشهاده عدل مع يمين المدعى، فإن حلف عمرو يحكم بأنّ العين له حيث يثبت الرجوع، وإلاّ يحكم ببقاء الوصيه الأُولى وإنّ العين لزيد ولكن قد تقدم فى بحث القضاء إنّ مثل هذا الحكم حكم ظاهرى لا قضاءً.

[1] الظاهر انّ الشيخ قدّس سرّه يعتبر فى سماع البيّنه تعيين المشهود به، فالمشهود به بلا تعيين لا يثبت بالبينه كما لا تسمع الدعوى بلا تعيين المدعى عليه، بأن يدّعى أنّه إمّا يطالب زيداً بكذا أو عمرواً، أو يقول إنّه يطالب زيداً بالدار الفلانى أو بالمال على عهدته.

وبتعبير آخر لا تسمع البيّنه مع عدم تعيين المشهود عليه ولا مع عدم تعيين المشهود به.

وقد يقال: إنّه لا يعتبر التعيين، غايه الأمر يرجع فى تعيين المشهود به إلى القرعه، أخذاً بما دلّ اعتبارها فى إخراج الحق والمحقّ، واحتمل الرجوع إلى القسمه بأن يؤخذ من كل من الوصيتين بنصفها.

أقول: إن كان المراد تعيين الوصيه المرجوع فيها فى مقام القضاء لايكون بالبينه المزبوره، كما إذا ادعى الورثه على الوصى أو الموصى له، بأن الموصى قد رجع فى الوصيّه الفلانيّه، ولكن شهدت بيّنتهم برجوعه فى إحدى الوصيتين من غير تعيين لما يدعيها الورثه، فلا يثبت بها دعوى الورثه ولا بالقرعه المنضمه إليها، لأنّ الدعوى تثبت بالبيّنه والمفروض أنّها لم تقم بها والقرعه لا تثبت الدعوى فهو صحيح.

وإن كان المراد أنّ البيّنه المزبوره غير معتبره فى مقام تعيين الوظيفه على الوصى أو الورثه، فهو غير صحيح، لأنّه بعد ثبوت رجوع الموصى عن إحدى الوصيتين يؤخذ

الخامسه: إذا ادعى العبد العتق[1] وأقام بيّنه تفتقر إلى البحث ولو سأل التفريق حتى تثبت التزكيه، قال فى المبسوط: يفرّق، وكذا قال لو أقام مدّعى المال شاهداً واحداً، وادّعى أنّه له آخر، وسأل حبس الغريم، لأنّه متمكّن من اثبات حقّه باليمين، وفى الكل إشكال، لأنّه تعجيل العقوبه قبل ثبوت الدعوى.

الشَرح:

بالقرعه فى تعيينهما، كما إذا صرّح الموصى برجوعه عن إحداهما من غير تعيين منه عند رجوعه، أخذاً بالاطلاق الوارد فى بعض رواياتها كما تقدم سابقاً.

وأمّا الرجوع إلى القسمه فلا دليل عليه فى المقام بدعوى قاعده العدل والانصاف، حتى فيما إذا تردّد الموصى له بين شخصين، فإنّ تلك القاعده لم تثبت بعنوان القاعده، نعم ورد القسمه فى بعض صغرياتها كتلف الوديعه ونحوها، والتقسيط فى مورد الوصيّه فيما إذا كانت الوصايا متعدده وقصر الثلث عن الوفاء بها فى غير الموارد التى تثبت فيها تقديم بعضها.

[1] المراد أنّه إذا ادّعى العبد عتقه وأقام شاهدان على دعواه بحيث يحتاج الحكم بعتقه بشهادتهما إلى تزكيتهما وسأل العبد القاضى أن يفرّق بينه وبين مولاه حتى تثبت تزكيه شاهديه.

قال الشيخ قدّس سرّه يفرّق، وذكر فى المسالک فى وجه وجوب الإجابه بأنّ العبد قد عمل بما هو وظيفته والتزكيه تكليف الحاكم، لأنّ الأصل العداله حتى يثبت الجرح، ولأنّ مدعى العتق ربّما تكون أمه فعدم التفريق بينها وبين مولاها ضرر عليها، لأنّ المولى ربّما يقدّم إلى مواقعتها أو إلى غيرها.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اعتبار الشهاده يحتاج إلى تزكيه الشاهدين ولم تثبت وانّ الأصل العداله لا أساس له.

وبالجمله: سؤال التفريق فى الفرع كسؤال الحبس فى الفرع الثانى، وهو ما إذا أقام

....

الشَرح:

المدّعى شاهداً على دعوى المال على الغير وادّعى أنّه له شاهداً آخر وسأل الحاكم حبس غريمه، فانّه قيل بوجوب الإجابه على الحاكم، لأنّ المدّعى يتمكن على إثبات دعواه بضمّ يمينه إلى شاهده، ولكن القول المزبور غير صحيح، لأنّه من العقوبه قبل ثبوت الدعوى.

نعم، يجوز فى بعض الموارد لبعض الخصوصيات حبس الغريم، وهذا أمر آخر وبعنوان آخر كما تقدم فى بحث القضاء

ثمّ إنّه قد ألحق بالمسائل المتقدمه مسائل أُخرى.

وذكر فى السادسه منها:

انّ المصرّح به فى كلام العلاّمه وبعض آخر عدم الفرق فى الضمان بين شهود الدعوى وشهود التزكيه، فلو زكّى اثنان شهود الزنا وكان تزكيتهما بنحو التعمّد بالكذب، وعلم ذلک بعد قتل المشهود عليه بالزنا يكون الضمان على المزكيين، نعم لا يقتص منهما بل يؤخذ منهما الديه لأنّ الثابت من القصاص عن الشاهد ما إذا ظهر كذب الشاهد بالزنا أو اعترافه بالكذب فى شهادته به.

وبالجمله: القصاص فى مورد كذب الشاهد فى شهادته بموجب القتل أو اعترافه بالتعمّد فى شهادته به من غير علم، وهذا لا يجرى فى شاهدى التزكيه لاحتمالهما صدق شهود الزنا وإنّما كذبا فى شهادتهما بتزكيه الشهود والحكم بضمانهما الديه لبعض ما ورد فى ضمان الديه من أنّه لا يذهب دم المسلم هدراً، ولو فرض فى مورد علمهما بكذب شهود الزنا فى شهادتهم على المشهود عليه فلا يبعد ثبوت القصاص فى شهادتهما بتزكيه شهود الزنا كذباً لاستناد القتل إلى تعمّدهما فى شهادتهما بالتزكيه زوراً.

....

الشَرح:

ثمّ هل يؤخذ من المزكيّين مع ظهور كذبهما فى التزكيه أو رجوعهما عن شهادتهما تمام الديه أو نصفها، فقد يقال يأخذ النصف لأنّ القتل يستند إلى شهود الزنا وشاهدى التزكيه فشهادتهما معاً كشهاده رجل واحد فيما يكون ثبوته بشهاده رجلين.

أقول: مقتضى ما ذكروه فيما ثبت بشهاده رجل وعشره نسوه من التقسيط المتقدم أن يكون الديه الثابت على المزكيين ثلثاً لا نصفاً، لأنّ قتل المشهود عليه لشهاده سته أربعه بالزنا واثنان بعدالتهم، اللّهم إلاّ أن يقال باختلاف المشهود به فى المقام دون ما تقدم.

وكيف ما كان فلو لم يظهر كذب شهود التزكيه فى شهادتهم بتزكيه الشهود ولم يرجع واحد منهم عن شهادته بالتزكيه بل ظهر فسق شاهدى التزكيه فالضمان على بيت المال كما تقدم فى فرض ظهور فسق شهود الواقعه.

المسأله السابعه:

لو شهد أربعه بالزنا واثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شهود الإحصان اقتصّ منهما إن اعترفا بالتعمّد وإن قالا أخطأنا تؤخذ منهم الديه على نحو التقسيط الآتى، وإن اقتصّ منهما يردّ على وليّهما بقدر نصيب شهود الزنا من الديه كما أنّه لو رجع شهود الزنا، فإن قالوا: تعمدنا، اقتصّ منهم ويردّ على وليّهم بقدر ما على شاهدى الإحصان على تقدير رجوعهما وقولهما: أخطأنا.

ولو رجع الجميع يكون الضمان على الجميع قصاصاً أو ديةً لاشتراكهم فى التسبيب إلى القتل على قرار ما تقدم فى شاهدى التزكيه من التسبيب، فيحتمل أن يكون الضمان فيما لو قالوا أخطأنا على الكلّ بالسويه، كما يحتمل أن يكون الضمان على شاهدى الإحصان بالنصف وعلى شهود الزنا بالنصف الآخر.

....

الشَرح:

وعلى ذلک فلو کان اثنان من شهود الزنا شاهدی الإحصان فرجع کلّهم یکون الضمان علی شهود الاحصان بثلاثه أرباع الدیّه، علی القول بالنصف ربعان لشهادتهما بالاحصان والربع لشهادتهما بالزنا مع رجوعهما عن شهادتهما بالاحصان والزنا کما هو الفرض، ویکون علی الشاهدین الآخرین ربع الدیه، وعلی القول بالتسویه یکون علی شاهدی الرجوع ثلثا الدیه وعلی الآخرین من شهود الزنا ثلثها الباقی لأنّ القتل کأنّه وقع بفعل سته أشخاص.

ویحتمل أن یکون لکل من الشهود الأربعه ربع الدیه، لأنّ الجنایه من شهود الإحصان وإن تعدّد إلاّ أنّ الدیه لا تقسّط علی الجنایه بل علی الرؤوس، کما إذا قتلا شخصاً أحدهما ضربه ضربتین والآخر ضربه واحده فمات بسبب الضربات الثلاث.

المسأله الثامنه:

إذا رجع المعرفان عن الشهاده بعد حکم الحاکم، کما إذا شهد أعمیان عند الحاکم بأنّ زید بن خالد اقترض من عمرو کذا، وشهد المعرفان بأنّ زید بن خالد المدّعی علیه هو الذی أحضره المدّعی، ثمّ رجعا عن شهادتهما وقالا: شککنا فی المشهود علیه فی شهاده الأعمیین هل هو هذا أو غیره، غرّما المال المأخوذ من المدعّی علیه الحاضر، فهل یضمنان نصفه أو تمامه.

ووجه ضمان النصف أنّ المال المأخوذ من الحاضر بشهاده الشاهدین والمعرفین معاً، ومقتضی ذلک ضمان المعرفین النصف والأصل برائه ذمتهما عن ضمان النصف الآخر، ولا یعارض لأصاله برائه ذمه الأعمیین لأنّهما لم یرجعا عن شهادتهما، ووجه ضمان الکل أنّ الموجب لتمام شهاده کل من الأعمیین وصیرورتها شهاده علی الحاضر حصل بالمعرفین، فیستند الاتلاف علی الحاضر إلیهما

....

الشَرح:

لا إلى الشاهدين بالدين.

ولا يخفى أنّ الصحيح هو الثانى، فيما إذا اعترف المعرف الراجع بصحه شهاده الشاهدين، ومع عدمه يكون عليه غرم ربع المال ولذا لو رجع المعرفان والشاهدان يتعين القول بالتقسيط على الجميع.

المسأله التاسعه:

إذا ثبت الحكم بشهاده شاهدى الفرع على كل من شاهدى الأصل ثمّ رجعا عن شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما فى شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما فى شهادتهما، وإذا حضر شاهدا الأصل ولم يكذّبا شاهدى الفرع فى رجوعهما فالضمان على الفرع بلا كلام، وأمّا إذا كذّباهما فى رجوعهما بأن قالا: شهاده شاهدى الفرع كانت صحيحهً، فقد يقال:إنّ رجوعهما كالعدم فى عدم كونه موجباً لضمانهما، فإنّ تكذيب الأصل شهاده بأنّ شاهدى الفرع لم يتلفا على المشهود عليه مالاً.

وفيه: انّ البينه لا تعتبر مع الإقرار فالراجع معترف بأنّه بشهادته أتلف المال على المشهود عليه فيؤخذ به ما لم يعلم وجداناً خلافه ومع البيّنه، خصوصاً مع عدم اعتبارها لا يعلم الخلاف كما هو الحال فى كل بيّنه ينفيها اقرار المقرّ.

وكيف ما كان، فلو شهد كل من شاهدى الفرع بشهاده كل من الأصل، ثمّ رجعا ضمن كل من شاهدى الفرع نصف المال لأنّهما معاً بشهادتهما أتلفا على المشهود عليه كل المال، ولو رجع كل من الفرعين عن الشهاده بأحد الأصلين أى بالمعين من شاهدى الأصل ضمن كل منهما ربع المال لأنّ رجوعهما معاً بمنزله رجوع أحد الأصلين. وما فى الجواهر من احتمال ضمان جميع المال لكون رجوعهما كرجوع الأصلين لم يعلم وجهه.

....

الشَرح:

ولكن إذا رجع أحد الفرعين عن الشهاده بشهاده أحد الأصلين والآخر من الفرعين عن الشهاده بشهاده الأصل الآخر ضمنا كل المال لأنّهما برجوعهما كذلک قد أوجدا الخلل فی شهاده کل من الأصلین حیث لا تثبت شهاده أی من الأصلین إلاّ بشهاده الفرعین علی کل منهما.

ولکن لا یخفی أنّ الموجب لضمان الشاهد اتلاف المال علی المشهود علیه بشهادته، وفی المفروض کل من شاهدی الفرع وان تلف علی المشهود علیه نصف المال إلاّ أنّه لیس اتلافه بانفراده بل منضماً إلی شهاده صاحبه الذی لم یعترف باتلافه لعدم رجوعه عن تلک الشهاده التی رجع عنها الفرع الآخر.

المسأله العاشره:

قد تقدم حرمه شهاده الزور ویعزّر مرتکبها وارتکابها کترک الشهاده وکتمانها فی مقام وجوب الاداء من الکبائر، کما ورد فی صحیحه عبد العظیم الحسنی الوارده فی الکبائر، وتزید علی الکتمان بکونها کذباً، حیث ورد فیها: «وشهاده الزور وکتمان الشهاده، لأنّ اللّه عزّوجلّ یقول: (ومن یکتمها فإنّه آثم قلبه)».

وفی موثقه سماعه: «شهود الزور یجلدون حداً لیس له وقت»، ونحوها روایه عبد اللّه بن سنان، وفی معتبره غیاث بن إبراهیم: «إنّ علیاً علیه السلام کان إذا أخذ شاهد الزور، فإن کان غریباً بعث به إلی حیّه، وإن سوقیاً بعث به إلی سوقه فطیف به، ثمّ یحبسه أیّاماً ثمّ یخلی سبیله»، وقد تقدم فی صحیحه محمد بن مسلم(1) وصحیحه جمیل(2) ضمانه ما أتلف علی المشهود علیه بشهادته.

1- 1. الوسائل: 27، الباب 11 من أبواب الشهادات، الحدیث 1و2: 327.

2- 2. الوسائل: 27، الباب 11 من أبواب الشهادات، الحديث 1 و 2: 327.

....

الشَرح:

وكتمان الشهادة في مقام وجوب ادائها، كما تقدم فى بحث وجوب الاداء، وإن كان محرماً إلاّ أنّه لا يوجب ضمان المال، لأنّ الضمان مستفاد ممّا ورد فى شاهد الزور والكاتم بترک الشهاده لا يدخل فيه واتلاف الحق أو المال لا يستند إلى ترک الشهاده، فإنّ الحكم من الحاكم يستند إلى غيره من البيّنه أو الحلف كما لا يخفى، إلى هنا انتهى ما أوردناه من مباحث الشهادات.

ص :605

ص :606

فهرس الكتاب

كتاب القضاء

معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى ... 7

فى صفات القاضى ... 13

اعتبار الذكوره فى القاضى ... 15

اعتبار الاجتهاد فى القاضى ... 19

اشتراط ثبوت الولايه بإذن الإمام أو منصوبه ... 26

عدم جواز الترافع إلى قضاه الجور ... 28

استحباب تولى القضاء لمن يثق من نفسه ... 31

حكم ما لو تعدّد القابلون للقضاء ... 33

ما يثبت به ولايه القاضى ... 44

جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد ... 49

ما يوب انعزال القاضى ... 55

عدم نفوذ حكم من لا تقبل شهادته ... 57

آداب المستحبه للقاضى ... 65

آداب المكروهه للقاضى ... 71

جواز أن يقضى الإمام بعلمه ... 76

امام يقضى بعلمه مطلقا ... 76

ص: 607

حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البيّنه ··· 83
عدم جواز نقض حكم الحاكم الاّ مع ثبوت خطأه ··· 86
اعتبار التعدد والعداله فى المترجم ··· 90
الشرائط المعتبره فى كاتب القاضى ··· 93
عدم جواز التعديل على حسن الظاهر فى التعديل ··· 99
استحباب تفريق الشهود ··· 103
ما يعتبر فى الشهاده بالجرح ··· 105
احضار الخصم مجلس القضاء ··· 113
التسويه بين الخصمين ··· 123
عدم سماع الدعوى المجهوله ··· 128
موارد اعتبار الجزم فى سماع الدعوى ··· 131
جواب المدعى عليه على ثلاثه أقسام ··· 138
حكم دعوى الغريم الاعسار ··· 141
حكم انكار المدعى عليه ··· 144
سقوط الدعوى بحلف المنكر ··· 147
ردّ اليمين على المدعى ··· 150
بذل المنكر يمينه بعد النكول ··· 157
استحلاف المدعى مع البيّنه ··· 162
الدعوى على الميت ··· 170

سكوت المدعى عليه عن الجواب ··· 180
عدم جواز الاحلاف بغير اللّه ··· 190
عدم جواز الاجبار على التغليظ ··· 199
استحلاف الأخرس والمرأه ··· 203
توجه اليمين على المنكر والمدعى ··· 205
انقلاب المدعى والمنكر ··· 213
عدم سماع الدعوى فى الحدود بلا بينه ··· 218
قبول دعوى صاحب النصاب بلا يمين ··· 221

من لا تقبل دعواه بلا يمين ··· 229
لو كان على الميّت دين ··· 235
الحكم بالشاهد واليمين ··· 238
ما ثبت فيها الحكم بالشاهد واليمين ··· 245
كتاب قاض إلى قاض ··· 260
الشرائط المعتبره فى القاسم ··· 273
أُجره القسّام ··· 281
انواع المقسوم ··· 283
كيفيه القسمه ··· 286
قسمه الأموال والأملاک المتعدده ··· 293
دعوى استحقاق الغير المال بعد القسمه ··· 295
تعريف المدعى والمدعى عليه ··· 303
شرائط سماع الدعوى ··· 308
التماس المنكر استحلاف المدعى ··· 313
عدم اعتبار التفصيل فى صحه الدعوى ··· 320
أقسام الحقّ ··· 327
متاع السفينه إذا غرقت ··· 336
تنازع الاثنين فى عين ··· 340
وقوع التعارض بين البيّنتين ··· 347

الموارد التى يقضى فيه بالقسمه ... 359
الاختلاف فى ملكيه عين بيد الثالث ... 368
قبول البيّنه على الملک السابق ... 371
الاختلاف فى عقد الاجاره والبيع ... 373
الاختلاف فى دعوى العقود ... 378
موارد سقوط البيّنه ... 389
تنازع الاثنين فى دار ... 395
تنازع المتعددين فى عين ... 397
ص :609

اختلاف الزوجين فى متاع البيت ... 404
الاختلاف فى المواريث ... 409
الاختلاف فى الولد ... 419
كتاب الشهادات
اشتراط البلوغ فى الشاهد ... 425
اشتراط العقل فى الشاهد ... 430
اشتراط الإيمان فى الشاهد ... 432
سماع شهاده الكافر ... 436
اشتراط العداله فى الشاهد ... 444
فيما يقدح فى العداله ... 455
عدم سماع الشهاده فى موارد التهمه ... 462
عدم قدح قرابه الشاهد للمدعى فى الشهاده ... 472
شهاده الزوج لزوجته وبالعكس ... 475
سماع شهاده الصغير ... 479
سماع شهاده العبد ... 481
تحمّل الشهاده وعدم اعتبار الاستشهاد فيه ... 488
توبه الشاهد فى مجلس الحكم ... 493
اشتراط طهاره المولد فى الشاهد ... 498
اعتبار الصحه فى تحمّل الشهاده ... 501

الشهاده استناداً إلى الاستصحاب ... 506
الشهاده اعتماداً على الاستفاضه ... 511
تعارض اليد مع الاستفاضه ... 512
الشهاده بالملک اعتماداً على التصرف ... 513
القضاء بالوقف والنكاح بالاستفاضه ... 517
شهاده الأخرس والأعمى ... 519
أقسام الحدود والمثبت لها ... 523
ص :610

ما يثبت به الزنا··· 524
ما يثبت بشاهدين··· 527
ما يثبت بشهاده العدلين خاصه··· 530
ما لا يثبت بشهاده النساء··· 534
ما يثبت بالنساء منفردات ومنضمات··· 540
ما يعتبر فى قبول شهاده النساء··· 546
اعتبار شهاده العدلين فى بعض العقود··· 547
نفوذ حكم الحاكم ظاهراً لا واقعاً··· 549
وجوب الاجابه إلى تحمل الشهاده··· 550
فى الشهاده على الشهاده··· 555
صور أداء الشهاده على الشهاده··· 563
اعتبار اتفاق الشاهدين معنى··· 565
حكم تعارض الشاهدين والبيّنتين··· 567
خروج الشاهد عن الوصف بعد شهادته··· 572
حكم ما لو رجع الشاهدان بعد الحكم··· 574
الرجوع عن الشهاده على القتل أو الجرح··· 580
الرجوع عن الشهاده على الزنا··· 583
الرجوع عن الشهاده على الطلاق··· 585
فى ضمان الشهود إذا رجعوا··· 589

نقض الحكم بعد الاستيفاء والعمل به··· 594
فى تحالف البيّنتين لمن اوصى··· 597
فيما إذا أوصى بوصيتين منفردتين··· 598
عدم الضمان بكتمان الشهاده··· 604
فهرس الكتاب··· 607
ص :611

المجلد 2

الحدود شرایع الاسلام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، 1305 - 1385.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام : کتاب الحدود شرایع الاسلام / تالیف جواد تبریزی .

وضعیت ویراست : ویراست ؛ 3

مشخصات نشر : قم : دارالصدیقه الشهیده (س) ، 1387 .

مشخصات ظاهری : 438 ص .

شابک : 978-964-8438-14-7

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی

یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر بخش الحدود والتعزیرات " شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام " محقق حلی است.

موضوع : محقق حلی، جعفربن حسن، 602 - 676ق . شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن 7ق.

موضوع : حدود (فقه)

موضوع : تعزیرات (فقه)

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفربن حسن، 602-676ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. برگزیده . شرح

رده بندی کنگره : BP182/م3ش40232 1387

رده بندی دیویی : 297/342

شماره کتابشناسی ملی : 1530285

ص :1

اشاره

ص :2

المَوسُوعَهُ الفِقهيّهُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ

مَبانى الاحكامِ

الحُدُودُ وَ التَّعزيراتُ

(شَرائِع الاِسلام)

ص :3

ص :4

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين وصلّى اللّه على سيّدنا محمّد وآله الطيبّين الطاهرين.

انّ من أهم المباحث الفقهيّه وأكثرها ارتباطاً بحياه الناس وسلامتهم وأمنهم مباحث القضاء والشهادات والحدود والتعزيرات والقصاص والديات المعبّر عنها بالسياسات.

وقد منّ اللّه على بالبدء بالقاء هذه البحوث خلال سنوات عديده على طلاّب الخارج فى الحوزه العلميه المباركه فى قم المشرّفه ووفّقنى لاخراج الكتاب الأول منها «اُسس القضاء والشهاده» وهذا هو الكتاب الثانى فى هذه المباحث وهوكتاب «الحدود والتعزيرات» فقد تعرضت فيه الى أهم فصوله وأدّق مسائله جاعلاً من كتاب شرائع الاسلام متناً لهذه الابحاث رغبه منّى فى خدمه ثراثنا الفقهى العظيم وتشييداً لذكرى علمائنا الأجلاء (قدس اللّه أسرارهم) الذين أتبعوا أنفسهم الزكيه فى سبيل نشر حقائق هذاالدين الحنيف على طريق مذهب أهل البيت عليهم السلام . أسال

اللّه تعالى أن ينفع به طلاب العلم وروّد الحقيقه وأن ينفعنى به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلاّ من أتى اللّه بقلب سليم.

قم المشرّفه غرّه 1417 ه. ق.

جواد التبريزى

ص :6

تعريف الحد والتعزير

كل ماله عقوبه مقدّره يسمّى حداً، وما ليس كذلک يسمّى تعزيراً[1].

الشَرح: [1] الحدّ لغه بمعنى المنع، ويطلق فيالشرع على العقوبه المقدّره التى تجرى على مرتكبى المعاصى.

والتعزير لغه بمعنى التأديب، ويطلق على العقوبه غير المقدّره، ووجه الاطلاق أنّ العقوبه تمنع الناس عن ارتكاب تلک المعاصى و توجب الأدب لمرتكب المعصيه.

وما فى المتن: أنّ كلّ ماله عقوبه مقدّره. . . ، لا يخلو عن مسامحه، فانّ ماله عقوبه مقدّره أو غير مقدره موجب الحد أو التعزير لا نفسها، وذكر فيالمسالک: أنّ كلّ ما يدخل فى الحدّ فالتقدير فى تلک العقوبه حاصل، بخلاف مايدخل فى التعزير، فانّ عدم التقدير فيه غالبى ويكون فى بعض أفراد التعزير تقدير، وعيّنها فى خمسه مواضع:

....

الشَرح: الأوّل: من جامع زوجته فينهار شهر رمضان وهما صائمان، فانّ على كلّ منهما تعزيراً بخمسه وعشرين سوطاً، على ما فى خبر مفضل بن عمر عن أبى عبداللّه عليه السلام (1)، وقد ذكر فى المعتبر أنّ الخبر وءان كان ضعيفاً سنداً أنّ علمائنا ادّعوا اجماع الإماميّه بمضمونه.

الثانىّ: من تزوّج أمّه على حرّه ودخل بها قبل الاذن من الحرّه، فانّ عليه أدباً أثنىّ عشر سوطاً ونصف ثمن حدّ الزانىّ، على مافىّ خبر منصور بن حازم(2).

الثالث: الرجلان أو المرأتان فيما اجتمعا مجرّدين تحت ستر واحد،فانّهما يضربان من ثلاثين ءالى تسعه و تسعين سوطاً على قول(3).

الرابع: من افتضّ بكراً باصبعه، فانه قال الشيخ: يجلد من ثلاثين ءالى سبعه وسبعين، وقال المفيد: ءالى ثمانين(4)، وقال ابن ادريس: من ثلاثين ءالى تسعه وتسعين.

الخامس: ما ءاذا وجد الرجل والمرأه فيلحاف واحد وءازار مجرّدين، فانّهمايعزران من عشره ءالى تسعه وتسعين (5)،قاله المفيد، واطلق الشيخ التعزير.

أقول: إذا لم يكن الفرق بين الحدّ والتعزير بعد كون كلّ منهما عقوبه دنيويه،

1- (1) الوسائل: الباب 12 من ابواب بقيه الحدود، الحديث 1 : 585.
2- (2) الوسائل: 14، الباب 7 من ابواب مايحرم بالكفر، الحديث 4:419.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 10 من ابواب حد الزنا، الحديث 4: 419.
4- (4) الوسائل: 18،الباب 10 من ابواب حدالزنا، الحديث 4:419.
5- (5) الوسائل: 18،الباب 10 من ابواب حدالزنا، الحديث 3: 364.

....

الشَرح: إلاّ بكون الأوّل مقدراً والثانى غير مقدر، فكيف لا يدخل ماله تقدير فى الحدّ، ولعل نظره قدس سره إلى موارد اطلاق الأدب والتعزير فى الروايات وكلمات الاصحاب، فانّ كلّ مورد اطلق فيه الحدّ على العقوبه ففيه تقدير بخلاف موارد اطلاق الأدب والتعزير، فانّه ليس فى غالبها تقدير وإن كان فى بعض موارد اطلاقهما تقدير، كما فى المواضع الخمسه التى ذكرها، ولكن لا يخفى مافيه:

أمّا أولاً: فانّه لا ينحصر تلك المواضع بالخمسه التى ذكرها، كما فيمن جامع زوجته فى حيضها، فانّ العقوبه فيه أيضاً مقدّره، وفى خبر اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى الحسن عليه السلام : «رجل أتى أهله وهى حائض، قال: يستغفراللّه ولا يعود، قلت: أدب؟ قال: نعم خمسه وعشرون سوطاً ربع حدّالزانى»(1).

وثانياً: فانّه لا ينبغى التأمل فى أنه قد اطلق التعزير والأدب فى الروايات على العقوبه المقدره باستعمالهما فيالمعنى العام، يعنى مطلق العقوبه، كما أنّه قد استعمل الحدّفيهذا المعنى العام، يعنى مطلق العقوبه، كما أنّه قد استعمل الحدّ فيهذا المعنى العام، كما فى مثل قوله عليه السلام : «انّ اللّه جعل لكلّ شىء حدّاً ولمن جاوز الحدّ حدّاً»(2).

والكلام فى أنّه إذا ورد فى خطاب الشرع عنوان الحد موضوعاً لحكم، كنفى الحلف فيالحدود وعدم مورد للشفاعه فيها، وجواز عفم الحاكم عن الحدّ إذا ثبت بالاقرار دون البينه، أو انّ الشبهه تدرء الحدّ، ولم يكن فى البين قرينه على كون

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب الدفاع الحديث 3:586.
2- (2) الوسائل: 18،الباب 2 من ابواب مقدمات الحدود الحديث 3:586.

أسباب الحد والتعزير

وأسباب الأوّل سته[1]: الزنا وما يتبعه، والقذف وشرب الخمر والسرقه وقطع الطريق؛ والثانى أربعه: البغى والردّه واتيان البهيمه وارتكاب ما سوى ذلک من المحارم.

فانفرد لكل قسم باباً عدا ما يتداخل أو ماسبق.

الشَرح:

المراد المعنى العام، يقتصر فى الحكم بمجرد كون العقوبه فيه مقدره، كما انّه إذا ورد لعنوان والأدب حكم يقتصر فيه على مورد عدم التقدير، الاّ مع القرينه على العموم.

ويمكن أن يكون نظره قدس سره أنّ كل مورد اطلق فيه الحدّ فى كلمات الاصحاب يكون التقدير فيالعقوبه عليه ثابتاً بال خلاف، بخلاف موارد اطلاق التعزير، فانّه يمكن أن يكون فى بعض الانظار، وهذا أيضاً غير تامّ كما يأتى.

[1] ذكر قدس سره أنّ اسباب الحدّ سته، جعل أولها الزنا، وثانيها مايتبع الزنا أىّ اللواط والسحق، والثالث القذف، والرابع شرب الخمر، والخامس السرقه، والسادس قطع الطريق، ولكن لا يمكن المساعده عليه، فانّ موجب الحدّ يزيد على الستة.

كما لا يمكن المساعده على ما ذكره من أنّ اسباب التعزير أربعه: البغى والردّه واتيان البهيمه وارتكاب ما سوى ذلک من المحارم، والوجه فى عدم المساعده أنّ ما يجرى على المرتد حدّ عيّنه الشارع بالقتل ابتداءً أو بعد الاستتابه وبالحبس إلى ان يموت، وكذا الأمر فى المجارب المراد من الباغى.

ودعوى أنّه إذا كانت العقوبه موتاً فلا يصحّ أن يطلق عليها بانّها مقدّره، فانّ التقدير هو تعيين الكم، لا يمكن المساعده عليها، فان التعيين بالعنوان كاف فى

....

الشَرح: كونه حدّاً وإن لم يكن فيه تقدير بحسب الكم، ولذا أدرج العلامه وغيره المحارب والمرتد فيمن عليه موجب الحدّ، واطلاق الحدّ على القتل فى الزانى المحصن، وكذا فى اللائط والملوط، ممّا لا ينبغى التأمل فيه بحسب كلمات الاصحاب.

ص :11

ص :12

القسم الأوّل الحدود

اشاره

ص :13

ص :14

الباب الأول:

حدالزنا

، والنظر فى الموجب والحد واللواحق.

اما الموجب: فهو ايلاج الانسان ذكره فى فرج امرأه محرمه من عقد ولا ملك[1] ولا شبهه. يتحققّ ذلک بغيبوبه الحشفه، قبلاً أو دبراً.

الشَرح:

[1] عرّف الزنا، وهو المحرم كتاباً وسنه ومعدود من الكبائر، بل حرمته من ضروريات الدين بل الأديان، بأنّه ايلاج انسان ذكره فى الفرج امرأه محرمه عليه، من غير عقد ولا ملک ولا شبهه عقد أوملک، فان لم يكن الايلاج كذلک فلا يكون زنا، سوإ كان محرماً واقعاً، كما فى وطئ الحائض أو حال الاحرام أم لا.

ويلزم على ذلک أن لا يكون إدحال الصبىّ أو المجنون أو المكره ذكره فى فرج امرأه من غير عقد ولا شبهه عقد أو ملک زناءاً، ومع أنّ الادخال المزبور زنا ولكن لا يجرى عليهم الحدّ، لأنّ البلوغ والعقل والاختيار من شرائط تعلّق الحدّ.

وبتعبير آخر ما هو المحرّم على البالغ العاقل المختار، يعنى الزنا، حرمته مرفوع عن الصبى والمجنون والمكره، فلا يمكن أن يكون التحريم دخيلاً فى عنوان الزنا، ولذا لم يذكر بعض الاصحاب فى تعريفه قيد التحريم.

وقيل: إنّ من ذكر القيد فسّره بما بعده من غير عقد ولا ملک ولا شبهه، بجعل كلمه من بيانيه، كما فى عباره الماتن قدس سره ولكن سخفى أنّ ما ذكروا فى تعريفه، ولو بملاحظه التوجيه، لا يعم زنا المرأه.

والأولى أن يقال: زنا المرأه تمكينها من الاجنبى حتّى يولج فى فرجها،

....

الشَرح: والمراد من الاجنبى من لا يكون بينها وبينه نكاح أو ملک يوجب مشروعيه الايلاج، ولا شبهه نكاح اوملک، وزنا الرجل ايلاجه كما ذكر.

وعلى الجمله، وقوع الوطء بنحو الفجور مقوّم لعنوان الزنا، والفجور لا يتحقّق بلا تعمّد والتفات، ولذا لا يصدق الزنا فى موارد الوط ء بالشبهه.

ثم انّه لا يعتبر فى الايلاج غير غيبوبه الحشفه فى قبل المرأه أو دبرها، بلا خلاف يعرف إلّا فى الادخال فى دبرها، فانّ المحكم عن الوسيله أنّ فيه قولين: أحدهما أنّه زنا وهو الاثبت، والثانى أن يكون لواطاً، واستظهر من عباره المقنعه والنهايه نفى الزنا عنه، قال فى الاول: الزنا الموجب للحدّ وطء من حرّم اللّه تعالى وطئه من النسإ بغيرعقد مشروع، إذا كان الوطء فى الفرج خاصّه دون ما سواه، وفى الثانى: الزنا الموجب للحدّ هو وطء من حرم اللّه من غير عقد ولا شبهه عقد، ويكون فيالفرج خاصّه.

ولكن يحتمل كون المراد ما يعم دبرها، ودعوى أنّه لوكان المراد فى كلامهما المعموم فلا موجب للتقييد بقولهما: إذا كان فيالفرج خاصّه، لا يخفى ما فيها.

والحاصل: الفرج فى بعض استعمالاته أو اكثره خصوص القبل، كما يظهر بملاحظه ما ورد فيما يحلّ من الحائض لزوجها.

ويستدل على المشهور بأنّ الوارد فى خطابات الحدّ عنوان الزنا الفجور، واصابه الفاحشه والمجامعه والمواقعه والاتيان، وصدق هذه العناوين علب الاتيان بالمرأه فى دبرها ظاهر.

ويمكن المناقشه بالقطع بان ما ورد فيالروايات من العناوين كنايه عن

....

الشَرح: الايقاب فى الدبر، ولا يبعد أن يستشهد للعموم بالاطلاق فى مثل صحيحه محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام قال: سألته متى يجب الغسل على الرجل والمرأه، فقال: «اذا ادخله فقد وجب الغسل والمهر والرجم»(1)، مع ملاحظه انصرافها عن الادخال فى غير الموضعين.

ولا ينافى هذا الاطلاق ما فى صحيحه ابن بزيع من تحديد الجماع الموجب للغسل بالتقإ الختانين المحققّ بغيبوبه الحشفه فى قبلها، قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يجامع المرأه قريباً من الفرج فلا ينزلان متى يجب الغسل؟ فقال: «اذا التقى الختنان وجب الغسل، فقلت: التقاء الختانين هو غيبوبه الحشفه؟ قال: نعم»(2).

والوجه فى عدم المنافاه أنّها وما فى معناها ناظره إلى تحديد الدخول فى قبلها، حيث يكون الغالب وطئها فى قبلها، فالخطاب الوارد فى بيان حكم الفرد الغالب لا يمنع الأخذ بالاطلاق فى غيره الدالّ على أنّ إدخال الرجل ذكره يوجب الغسل واستقرار المهر وجريان الحدّ، غايه الأمر يدعى أنّ الدخول فى الدبر أيضاً يكفى فيه غيبوبه الحشفه، فانّ المتفاهم العرفى من التحديد أنّه لا يلزم فى ترتب أحكام الدخول إدخال الذكر بتمامه.

ولذا يمكن الالتزام بأنّ الدخول من غير ذى الحشفه لا يتوقّف أيضاً على ادخال تمام ذكره، لأنّ الفرق باحتمال ادخال التمام، كما هو احد الوجهين فى كشف اللثام، خلاف المتفاهم المزبور، مع ملاحظه صدق الدخول من غير ذى

1- (1) الوسائل: 1، الباب 6 من أبواب الجنابه الحديث 1 و 2 : 469.
2- (2) الوسائل: 1، الباب 6 من أبواب الجنابه الحديث 1 و 2 : 469.

ويشترط فى تعلّق الحد العلم بالتحريم[1]

الشَرح: الايلاج المعهود، والكلام فى أنّ المكنّى عنه خصوص الايلاج فى الفبل أو مايعم الحشفه إذا ادخل مقدارها، بل يصدق الدخول ولو لم يكن بمقدارها، وتحديده بغيبوبه الحشفه تحديد فى حق شخص ذى حشفه، فلايكون تحديد بالاضافه إلى غير ذيها، فيؤخذ فيه بالاطلاق المتقدم، كما تعرّضنا لذلک فيبحث غسل الجنابه.

[1] لا خلاف فى أنّه يعتبر فى تعلّق الحدّ بالزنا العلم بحرمه حال العمل، ولو فرض الجهل بها فى مورد لا يجرى معه الحدّ، ولعلّه بلا فرق عندهم بين الجهل قصوراً أو تقصيراً وفى صحيحه محمّد بن مسلم قال: قلت لابى جعفر عليه السلام رجل دعوناه الى جمله الاسلام فاقّربه ثم شرب الخمر وزنى وأكل الربا ولم يتبيّن له شىء من الحلال والحرام اقيم عليه الحد اذا جهله؟ قال: «لا الاّ ان تقوم بيّنه أنه كان قد أقرّ بتحريمها»(1)، ونحوهما أبى عبيده الحذاء(2) وغيرها.

وأمّا اذا كانت حرمه الرنا محرزه، وكان الجهل بحرمه المرأه على الرجل، وأنّها لا تصير بالعقد زوجه له، سواء كان الجهل بحرمتها من جهه الجهل بالموضوع، كمن عقد على امرأه كانت اختاً له زضاعاً مع عدم علمه بالرضاع، أو كان جهله بحرمتها لعدم علمه بان الرضاع يوجب التحريم، فالوط ء فى كلا الفرضين داخل فى الشبهه، وقد تقدّم أنّ عنوان الزنا يعتبر فى تحققه صدور الوط ء فجوراً، ولا يتحقّق الفجور مع الشبهه يعنى مع عدم احراز فساد النكاح والملک.

وعلى الجمله، تحقق الشبهه مع الجهل بالموضوع ظاهر، سواء كان مع

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 4 2 3 .
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 324.

....

الشَرح: الاعتقاد بعدمه أو احتماله واقعاً مع احراز عدمه ولو بالاصل، وكذا فى موارد الجهل بالحكم قصوراً مع الاعتقاد بعدمه.

نعم، إذا كان الجهل الحكم باحتماله وعدم كونه معذوراً فى مخالفته، كمن تزوّج بامرأه ارتضعت من امّه مع جهله بأنّها تصير اخته رضاعاً والرضاع يوجب المحرميه، فمع احتماله أنّ وطيها ولو بالعقد لا يدخل فى الوط ء شبهه،ولكن لا يبعد تحقّق الشبهه فى هذا الفرض أيضاً.

وفى صحيحه أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن امرأه تزوجت رجلاً ولها زوج، قال:«إن كان زوجها الأول مقيماً معها فيالمصر التى هى فيه تصل اليه ويصل اليها، فان عليها ما على الزانى المحيض الرجم، وان كان زوجهاالأوّل غائباً عنها كان أو مقيماً معها فيالمصر لا يصل اليها ولا تصل اليه، فانّ عليها ما على الزانيه غيرالمحصنه ولا لعان بينهما، قلت: من يرجمها ويضربها الحدّ وزوجها لا يقدّمها إلى الإمام ولا يريد ذلک منها، فقال: ان الحدّ لا يزال للّه فى بدنها حتّى يقوم به من قام أو تلقى اللّه وهو عليها، قلت: فان كانت جاهله بما صنعت ؟قال ،فقال: أليس هى فى دار الهجره؟ قلت: بلى، قال: ما من امرأه اليوم من نساء المسلمين إلاّ وهى تعلم أنّ المرأه المسلمه لا يحّل لها أن تتزوّج زوجين، قال: ولو أنّ المرأه إذا فجرت قالت: لم أدر أو جهلت أنّ الذى فعلت حرام ولم يقم عيها الحدّ اذاًلتعطّلت الحدود»(1)، فان ظاهرها أنّه لو علم صدقها وانها لم تكن عالمه بالحكم تدرء عنها الحدّ، غايه الأمر بماأنّها فى دار الهجره ولا يحتمل جهلها بالحكم لم تسمع دعواها الجهل، فهى زانيه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 395.

....

الشَرح: نعم، ربمّا يستظهر من صحيحه يزيد الكناسى أنّ الجاهل المقصر المحتمل حرمه المرأه يجرى عليه الحدّ ولا يدخل وطؤه فى الشبهه الدرائه للحدّ، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن أمرأه تزوجت فى عدتها، فقال: «ان كانت تزوجت فى عده طلاق لزوجها عليها الرجعه، فانّ عليها الرجم، وان كانت تزوجت فى عدّه ليس لزوجها عليها الرجعه، فانّ عليها حدّ الزانى غير المحصن، وان كانت تزوجت فى عدّه بعد موت زوجها من قبل انقضاء العدّه الاربعه اشهر والعشره أيام فلا رجم عليها، وعليها ضرب مائه جلده، قلت: ارأيت ان كان ذلک منها بجهاله، قال: فقال: ما من نساء المسلمين الاّهى تعلم أنّ عليها عدّه فى طلاق أو موت، ولقد كنّ نساء الجاهليّه يعرفن ذلک، قلت: أنّ عليها عدّه ولا تدرى كم هى، فقال: اذا علمت أنّ عليها العده لزمتها الحجه، فتسأل حتى تعلم»(1).

فانّ ظاهر الذّيل أنّ مع الحرمه وامكان العلم بها لا يكون الجهل رافعاً للحد، وربمّا يضاف إلى ذلک أنّ الجاهل المزبور يعلم بالحكم الظاهرى حال العمل، وإن كان جاهلاً بالاضافه إلى الحكم الواقعى.

أقول: لا بدّ من أن يكون بالحكم الظاهرى تنجز الحرمه الواقعيه على تقديرها لكون الشبهه فى الحكم قبل الفحص، وإلاّ فلا يمكن أن يراد منه الاستصحاب، فانّه لا يجرى قبل الفحص كان نافياً للتكليف أو مثبتاً.

ولكن لا يبعد أن يكون المراد من ذيلها أيضاً عدم سماع دعوى الجهل بمقدار العدّه، كعدم سماع دعوى الجهل بلزوم العدّه فى طلاق أو موت، ولو جمعاً

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب حدالزنا، الحديث 3:396.

والاختيار[2]

الشَرح: بينها وبين ما تقدم من عدم تعلّق الحدّ مع الجهل كان قصوراً أو تقصيراً، كما يقتضى ذلک أيضاً ما ورد فى صحيحه عبدالصمد بن بشير الوارده فيمن أحرم فى قميصه للحج من قوله عليه السلام : «أىّ رجل ركب أمراً بجهاله فلا شىء عليه».

وعلى تقدير الاغماض عن ذلک، فيلتزم بثبوت الحد على المرأه الجاهله بمقدار العدّه بالشبهه الحكميه اذا تركت تعلم مقدارها وان لم تكن زانيه، كما يلتزم بثبوت الرجم عليها فى التزويج فى عده الطلاق الرجعى مع عدم كونها محصنه فيها.

ودعوى أنّ ما ورد فى ذيل هذه الصحيحه الظاهر فى جريان الحدّ على الجاهل المقصر مع احتماله التكليف حال العمل موافق لا طلاق الكتاب المجيد، فيقدّم على الاخبار المتقدّمه المشار اليها، الظاهره فى عدم الحد مع الجهل ولو كان تقصيراً، لا يمكن المساعده عليه، فانّ تعلّق الحدّ فى الكتاب على عنوان الزنا، وهذه العنوان لا يتحقّق مع احتمال الزوجيه أو ثبوت ملک اليمين.

[2] يعتبر فى تعلّق الحد الاختيار بمعنى عدم الاكراه، وتحقق الاكراه على المرأه وكونه رافعاً الحدّ عنها متسالم عليه، لحديث رفع الاكراه وغيره، وفى صحيحه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام قال: «انّ علياً عليه السلام اتى بامرأه مع رجل فجر بها، فقالت: استكرهنى واللّه يا أمير المؤمنين، فدرأ عنها الحد، ولو سئل هولاء عن ذلک قالوا: لا تصدق، وقد واللّه أمير المؤمنين عليه السلام (1).

وفى صحيحه محمّد عن أحدهما عليه السلام فى أمرأه زنت وهى مجنونه، قال: «انها

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حدالزنا، 1:382.

....

الشَرح: لا تملک نفسها ولیس علیها رجم ولا نفی، وقال: فی امرأه اقرّت علی نفسها انّه استکرها رجل علی نفسها، قال: هی مثل السائبه لا تملک نفسها ولوشاء قتلها، ولیس علیها جلد و نفی ولا رجم»(1)، فانّه لو لم یکن الاکراه مسقطاً للحد لم یکن لسماع قولها معنی.

وأمّا بالاضافه إلی الرجل، فقد یقال: لا یتحقّق الاکراه علیه، فانّه لا ینتشر العضو مع الاکراه، فانتشاره کاشف عن عدم تحقّقه، حیث إنّ الانتشار الناشی ء من الخوف من الوعید غیر ممکن عاده، ویعتبر فی الاکراه الانبعاث إلی الفعل خوفاً من الضرر المتوّعد به.

وفیه، انّه فی الاکراه علی الفعل الحرام الاّ أنّه لو لا خوف الضرر المتوّعد به لم یفعل، سواء کان له میل نفسانی للفعل، بحیث لو لا النهی عنه شرعاً ارتکبه، أم لم یکن له میل نفسانی.

وعلی الجمله المطلوب فی النواهی الشرعیه الانتهاء عن الفعل وعدم ارتکابه، لا زاله المیل النفسانی، فانّ ازالته من مراتب کمال النفس، وغیر داخله فی متعلّق النواهی ولا فی معنی النواهی.

وهذا مراد الماتن فیما یأتی، من تعلیله تحقّق الاکراه علی الرجل بانّه یمکن الاکراه لما یعرض للمکلّف المیل النفسانی مع فرض الانتهاء عن الفعل للمنع الشرعی، وإلی ذلک یرجع ایضاً ما فی کشف اللثام، من انّ التخویف بالاضافه إلی

1- (1) الوسائل: 18 من أبواب حدالزنا، الحدیث 2:383.

والبلوغ [3]،

الشَرح:

ترک الفعل، وأمّا الفعل فلا يخاف منه، فيمكن انتشار العضو الناشى من الميل النفسانس ّ.

وماقيل: من أنّ المراد بالاكراه على الزنا غير المراد منه فى سائر الافعال، فانّ المراد منه فى غير الزنا ارتكاب الانسان فعلاً يكرهه ويكون الموجب لارتكابه خوف الضرر المتوعد به، لا يمكن المساعده عليه، فانّ المحقّق للاكراه الارتكاب خوفاً من الضرر المتوّعد به، بحيث لولاه لم يرتكبه.

[3] لا يتعلّق الحد بالصبى ولا بالصبيه، بلا خلاف معروف أو منقول، لرفع القلم عنها وللروايات، منها: صحيحه يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السلام قال: الجاريه اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوّجت واقيم عليها الحدود التامه لها وعليها،قال: قلت: الغلام اذا زوّجه أبوه ودخل باهله وهو غير مدرک أتقام عليه الحدود على تلک الحال، قال: أما الحدود كلّها على مبلغ سنه الحديث»(1).

وفى روايه حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامّه ويقام عليه ويؤخذ بها؟ قال: «اذا خرج عنه اليتم وادرک، قلت: فلذلک حدّ يعرف به؟ قال: اذا احتلم أو بلغ خمسه عشر سنه أو أشعر أو انبت قبل ذلک اقيمت عليع الحدود وأخذ بها وأخذت له، قلت: فالجاريه متى يجب عليها الحدود التامه وتؤخذ لها، قال: إنّ الجاريه ليست كالغلام إنّ الجاريه إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم الحديث»(2)، إلى غير ذلک.

1- (1) الوسائل: 14، من أبواب عقدالنكاح، الحديث 9:209.
2- (2) الوسائل: 1،الباب 4 من أبواب مقدمه العبادات، الحديث 2:30.

عدم سقوط الحد عن البالغ والبالغه الزانيين بالصبى والصبيه

وفى تعلّق الرجم مضافاً إلى ذلک الاحصان[4].

الشَرح:

ولا يخفى أنّ عدم تعلّق الحد بالصبى أو الصبيه لا يوجب سقوط الحد عن البالغ والبالغه فى زناهما، كما إذا زنى الصبى بالمرأه أو زنى الرجل بالصبيه، وأما سقوط الرجم عن المرأه المحصنه اذا زنى الصبى بها فهو لصحيحه أبى بصير، فيقتصر على الرجم ويؤخذ فيغيره بالاطلاق.

اعتبار الإحصان فى حد الزنا

[4] اعتبار الاحصان فى تعلّق الرجم بالزانى أو الزانيه متسالم عليه فى كلمات الاصحاب، والنصوص على اعتباره فى الرجم متظافره.

وقد ذكر الماتن قدس سره فيما يأتى من كلامه أنّه لا يثبت الاحصان الّذى يجب معه الرجم حتى يكون الواط ء بالغاً حرّاً ويطاً فى فرج مملوک بالعقد الدائم أو الرّق متمكن منه يغدو عليه يروح، وفى روايه مهجوره دون مسافه التقصير.

إحصان الرجل

ويستفاد ممّا ذكر اعتبار أمور فى احصان الرجل زائداً على الشرائط المتقدمه، منهاكون الرجل حرّاً فلا يتعلّق الرجم بالعبد بلا خلاف، ويشهد لذلک جمله من الروايات، كصحيحه محمّد قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى العبيد اذا زنى احدهم أن يجلد خمسين جلده، وان كان مسلماً أو كافراً أو نصرانياً ولا يرجم ولا ينفى»(1).

وفى خبر الحسن بن السيرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «اذا زنى العبد والأمه وهما محصنان فليس عليهما الرجم، انما عليهما الضرب خمسين نصف الحدّ»(2).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب حدالزنا، الحديث 5: 402.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب حدالزنا، الحديث 3: 402.

....

الشَرح: وفى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى العبد يتزوج الحره ثم يعتق فيصيب فاحشه قال: لا رجم عليه حتى يواقع الحرّه بعد ما يعتق، قلت: فللحره خيار عليه اذا اعتق؟ قال: لا قد رضيت به وهو مملوک فهو على نكاحه الاول»(1)، فان هذه الصحيحه أيضاً كالصريحه فى ان الاحصان الموجب لتعلّق الرجم لا يتحقق فى العبد، نعم يحصل بعد عتقه مع دخوله بزوجته الحره بعد انعتاقه ولا عبره بالدخول قبله.

وفى صحيحه بريد العجلى عن أبى عبداللّه (جعفر) عليه السلام فى الأمه تزنى قال: «تجلد نصف الحدّ كان لها زوج أو لم يكن لها زوج»(2).

وعلى الجمله يستفاد ممّا ذكر من الروايات وغيره أنّ الاحصان الموجب للرجم لا يتحقّق فى العبد والأمه.

ومنها: أن يكون للحرّ البالغ زوجه بالنكاح الدائم عند فجوره وقد دخل بها فجوره، فلا يكفى فى الحصان أن يكون عنده الزوجه متعه، وقد ذكر فى الانتصار أنّ الرجل لا يخرج إلى الاحصان بالزوجه متعه على الأصح، وفى تعبيره بالاصح اشعار بالخلاف فى الحكم، ولكن لم يتحقّق خلاف بل ولا ينقل.

وفى موثقه اشعار بن عمّار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرحل اذا زنى وعنده السريه والأمه يطأها تحصنه الأمه وتكون عنده؟ فقال: «نعم انما ذلک لانّ عنده ما يغنيه عن الزنا، قلت: فان كانت عنده أمه زعم أنّه لا يطأها؟، فقال:

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالزنا، الحديث 5: 358.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب حدالزنا، الحديث 2: 401.

....

الشَرح: لا يصدق، قلت: فان كانت عنده أمراه متعه أتحصنه؟ فقال: لا انما هو على الشىء الدائم عنده»(1)، ونحوها موثقته الاخرى، ولا يبعد كونهما روايه واحده قد وصلت عن اسحاق بن عمار بطريقين إلى الكلينى قدس سره .

وفى صحيحه عمر بن يزيد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا يرجم الغائب عن أهله ولا المملک الذى لم يبن باهله ولا صاحب المتعه»(2).

وعلى الجمله المستفاد من هذه الروايات ونحوها عدم كفايه النكاح متعه فى حصول الاحصان، ولو كان فى بعض الروايات اطلاق يقتضى كفايته، فلا بدّ من رفع اليد عن الاطلاق المزبور، كصحيحه اسماعيل بن جابر، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قلت له و ماالمحصن رحمک اللّه؟ قال: «من كان له فرج يغدو عليه ويروح فهو محصن»(3)، حيث انّه يبعد شمولها لمن عنده الزوجه متعه عند فجوره.

وفى الصحيح عن ابن أبى عمير عن هشام وحفص بن البخترى، عمنّ ذكره، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يتزوج متعه أتحصنه قال: «لا انما ذلک على الشىء الدائم»(4).

نعم، إذا كانت المدّه للمتعه بحيث تكون المرأه عند الرجل دائماً، كما اذا

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 2: 352.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدالزنا، الحديث 3: 355.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 351.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 3: 352.

تحقق الإحصان بالمتعه ذات المده الطويله

....

الشَرح: تزوج بالمرأه البالغه عشرين سنه إلى مائه سنه منعاً عنها عن الارث، فان قيل بأنّ هذا من العقد دواماً وان أتى بصوره المتعه، لأنّ الملاک فى العقد دواماً انشاء الزوجيه بينهما مادام حياتهما، وهذا أيضاً كذلک، فحصول الاحصان بالمتعه المزبوره ظاهر، وان قيل بأنّ مجرد ثبوت الزوجيه مادام حياتهما لا يكون نكاحاً دائماً بل المعتبر فى انشائه عدم ذكر المدّه، كما أنّ المميز للمتعه ذكرها ولذا لا يترتب عليه اثر النكاح الدائم من التوارث ولزوم النفقه، فلا يبعد ايضاً حصول الاحصان بها، لما ورد فى الروايات: أن يكون عنده الشىء الدائم، هذه منه.

فى اعتبار الدخول فى الإحصان

ثم إنّه تقدّم عدم كفايه مجرّد النكاح دواماً فى تحقق الاحصان، بل يعتبر الدخول بها عند فجوره، وظاهر جمله من الاصحاب ذلک، بل يقال انّ ه مراد كلّهم، وورد اعتبار ذلک فى صحيحه عمر بن يزيد المتقدّمه، حيث ذكر سلام اللّه عليه: «ولا يرجم المملک الذى لم يبن باهله».

وفى صحيحه رفاعه، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يزنى قبل ان يدخل باهله أيرجم، قال: لا»(1)، وصحيحه محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يدخل باهله أيحصن، قال: «لا، ولا بالأمه»(2).

وكما لا يحصن الرجل بمجرد العقد الدائم كذلک لا تصير المرأه محصنه الا بالدخول بها، وفى صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «فاذا احصنّ»، قال: احصانهنّ ان يدخل بهنّ، قلت: فان لم يدخل

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 358.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالزنا، الحديث 9: 359.

....

الشَرح: بهنّ اما عليهن حدّ، قال: «بلى»(1)، ومقتضى ملاحظه الصدر والذيل كون المراد بتعلق الحدّ بهنّ مع الدخول تعلق حدّ الجلد.

وعلى الجمله، فلا ينبغى التأمل فى اعتبار الدخول بالمرأه فى احصانها واحصان زوجها، مع انحصار زوجيتها بنكاح دائم عليها، والا يكفى فى احصانه الدخول بالمنكوحه الاخرى، واحتمال أنّ المراد بالدخول بها فى الروايات مجرّد الزفاف وادخال المنكوحه بيت زوجها لا اساس له، وقد صرّح عليه السلام فى صحيحه أبى بصير المتقدّمه: «انّ العبدالذى له زوجه حرّه لا يكون محصناً بعد عتقه، الاّ أن يواقع زوجته الحرّه بعد عتقه»(2).

نعم، لا يعتبر الدخول فى قبلها، بل يكفى فى الاحصان بها فى دبرها، كما هو مقتضى الاطلاق فى الروايات المتقدّمه وغيرها، بل لا يبعد القول بالاطلاق حتّى ما اذا كان الدخول بها على الوجه المحرّم، كالدخول بها ايام حيضها أو نهار شهر رمضان ونحو ذلک.

بقى فى هذا الأمر شىء، وهو انّ ظاهر عباره الماتن قدس سره عدم اعتبار خصوص الزوجه الدائمه فى احصان الرجل، بل يكفى فيه أن يكون له فرج مملوک، ولو بان كانت له أمه قد وطأها عند فجوره، وهذا هو المشهور بين الاصحاب، خلافاً لجماعه من عدم تحقّق الاحصان بملک اليمين، كما هو المحكى عن القديمين والصدوق والديلمى.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالزنا، الحديث 4: 358.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالزنا، الحديث 5: 358.

....

الشَرح: ويدل على ما هو المشهور موثقه اسحاق بن عمار المتقدّمه عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل اذا هو زنى وعنده السريه والأمه يطأها تحصنه الأمه وتكون عنده؟ قال: «نعم انّما ذلک لأنّ عنده ما يغنيه»(1)، وفى صحيحه على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الحر تحته المملوكه، هل عليه الرجم اذا زنى؟ قال: «نعم»(2)، إلى غير ذلک ممّا يأتى.

ولكن فى البين روايات يقال بدلالتها على عدم حصول الاحصان بملک اليمين.

منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام ، حيث ورد فيها: «وكما تحصنه الأمه واليهوديه والنصرانيه ان زنى بحره كذلک لا يكون عليه حدّ المحصن اذا زنى بيهوديه أو نصرانيه أو امه وتحته حرّه»(3)، فانّ ظاهرها اعتبار أمرين: أحدهما ان يكون عنده الحره المسلمه عند فجوره، وثانيهما أن يكون زناه بالحره المسلمه.

وفى صحيحه الاخرى عن أبى جعفر عليه السلام عن الرجل يزنى ولم يدخل باهله أيحصن، قال: «لا، ولا بالأمه»(4).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 2: 352.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 11: 354.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 9: 354.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالزنا، الحديث 9: 359.

....

الشَرح: وفى صحيحه الثالثه قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحر أتحصنه المملوكه قال: «لا يحصن الحر المملوكه ولا يحصن المملوک الحره والنصرانى يحصن اليهوديه تحصن النصرانى»(1).

ويحتمل أن يكون الجواب فى هذه الصحيحه ناظراً إلى أنّ الزوج الحر أو المولى لا يجعل المملوكه محصنه ولا يحصن الزوج المملوک الحره محصنه، نظير ما ورد فى صحيحه الحلبى قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «لا يحصن الحر المملوكه ولا المملوک الحره»(2).

نعم، فى صحيحه الاخرى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل الحر أيحصن المملوكه؟ قال: «لا يحصن الحر المملوكه، ولا يحصن المملوكه الحر، واليهودى يحصن النصرانيه، والنصرانى يحصن اليهوديه»(3)، ويتعيّن أن تكون المملوكه فى الجمله الثانيه بالرفع والحرّ بالنصب، والا كان تكراراً للجمله الأوّلى، هكذا.

وقد تقدّم أنّ المستفاد من الصحيحه الأوّلى لمحمّد بن مسلم اعتبار أمرين فى تعلق الرجم بالزانى: كون المرأه المزنى بها حره مسلمه وأن يكون عنده عند فجوره الزوجه الدائمه الحره.

واعتبار الأوّل ليس فى كلام اصحابنا، بل هو أبى حنيفه وأصحابه، وربّما

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 357.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 7: 353.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 8: 353.

....

الشَرح: يكون ذلک على أنّ الثانى أيضاً غير معتبر وورده فيها لرعايه التقيه فانّه ايضاً منسوب إلى أبى حنيفه واصحابه وفى روايه اسماعيل بن أبى زياد يعنى السكونى، ولا يبعد اعتبارها وان يكون فى سندها محمّد بن عيسى والد احمد بن عيسى، عن جعفر بن محمّد، عن آبائه انّ محمّد ابن أبى بكر كتب إلى على عليه السلام فيالرجل زنى بالمرأه اليهوديه والنصرنيه، فكتب اليه: «ان كان محصناً فارجمه وان كان بكراً فاجلده مائه جلده ثم انفه، الحديث»(1).

وعلى ذلک، فلو كان ماذكر قرينه على ما ورد فى عدم كفايه الأمه فى احصان الرجل لرعايه التقيه فهو، والا فقد يقال: انّ الطائفتين متعارضتان والترجيح لما دلّ على كفايه الأمه فيالاحصان، لكونه مخالفاً للعامه، ولو لم يثبت هذا أيضاً تعارضتا وتساقطتا ويرجع إلى العموم أو الاطلاق الدال على الكفايه.

وفى صحيحه اسماعيل جابر، عن أبى جعفر عليه السلام قلت: «ما المحصن رحمک اللّه، قال: من كان له فرج يغدو عليه ويروح فهو محصن»(2).

وفى صحيحه حريز قال سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المحصن قال: فقال:«الذى يزنى وعنده مايغنيه»(3) فان اطلاقهما يقتضى كفايه الأمه.

أقول: يمكن المناقشه فيه أنّه لو لم يتمّ ما تقدّم من القرينه وكانت الطائفتان متعارضتين، يكون الترجيح لما دلّ على الكفايه، لموافقته للكتاب المجيد الدال

1- (1) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب حدالزنا، الحديث 5: 361.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 352.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 352.

....

الشَرح: على أنّ حدّ الزانى والزانيه هو الجلد بلا تفصيل.

وعلى الجمله الرجوع إلى الاطلاق المتقدّم مبنى على انّ الكتاب عند تعارض الطائفتين مرجع، فانّه على المبنى لا تصل النوبه إلى الرجوع إلى اطلاق الكتاب، لكون صحيحه اسماعيل بن جابر وصحيحه حريز أخصّ، وأمّا بناءاً على كون موافقه الكتاب مرجحاً لأحد المتعارضين فاللاّزم الأخذ بالطائفه الداله على عدم اكتفاء الأمه فى الاحصان.

اللّهم الاّ يقال: لم يثبت ان موافقه هو المرجح الأوّل، بل هى ومخالفه العامه فى احصان الرجل فى رتبه واحده، ومع وجود المرجح فى كل من الطائفتين تتكافئان، ويرجع بعد تساقطهما إلى الاطلاق الدال على كفايه الأمه فى الاحصان.

ومنها: أنّه يعتبر فياحصان الرجل مع ما تقدّم تمكنه من الفرج المملوک له زمان فجوره، فاذا كانت زوجته غائبه عنه بحيث لا يمكن الوصول اليها، أو كان الرجل محبوساً لا يتمكن من الخروج اليها، فلا رجم لعدم الاحصان، وظاهر جماعه اعتبار وصول الرجل إلى زوجته أو مملوكته فى طرفى النهار، ولو لم يصل الاّ فى احد طرفيها فلا رجم.

والظاهر أنهم استظهروا ذلک ممّا ورد فى صحيحه اسماعيل بن جابر عن أبى جعفر عليه السلام ، حيث ورد فيها: «من كان له فرج يغدو عليه ويروح فهو محصن».

وظاهر الروايه اعتبار الفعليّه زمان فجوره، ولكن المذكور فى المحكى عن الشيخين وجمع آخر مجرّد التمكن من الفرج المملوک.

ويمكن أن يستظهر من صحيحه حريز التمكن من الوصول إلى زوجته أو

....

الشَرح: مملوكته، بان تكونا عنده عرفاً، قال سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امحصن قال: «الذى يزنى وعنده ما يغنيه»(1).

فانّ المتفاهم العرفى منها أن تكون زوجته أو امته عنده، ولو لم يغدو عليها فى بعض الحيان، كمن كان مشتغلاً بعمل فى مكان لا يصل إلى اهله فى بعض الحيان فى شىء من طرفى النهار، مع تمكنه من الوصول اليها عرفاً.

وعلى الجمله، مقتضى المتفاهم العرفى من ملاحظه الصحيحتين هو اعتبار التمكن من الوصول إلى زوجته أو مملوكته مع وصوله اليها أيضاً بحسب الغائب، كما هو ظاهر عباره الماتن.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم قال سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «المغيب والمغيبه ليس عليهما رجم الاّ ان يكون الرجل مع المرأه والمرأه مع الرجل»(2).

وصحيحه أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى الرجل الذى له امرأه بالبصره ففجربالكوفه ان يدرأ عنه الرجم ويضرب حدّ الزانى»، قال: وقضى فى رجل محبوس فى السجن وله امرأه حرّه فى بيته فى المصر وهو لا يصل اليهافزنى فى السجن، قال: «عليه الحدود ويدرأ عنه الرجم»(3)، وفى خبر عمر بن يزيد عن أبى عبداللّه عليه السلام : «لا يرجم الغائب عن اهله»(4).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حدالزنا، الحديث 4: 352.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 355.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدالزنا، الحديث 2: 355.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدالزنا، الحديث 3: 355.

....

الشَرح: والحاصل اعتبار كون الرجل عند امرأته فى طرفى النهار حتى فى يوم فجوره، بحيث لو كان فى ليله ضيفاً عند أحد فزنى فى تلك الليله أن لا يثبت له الرجم لعدم غدوه على الفرج المملوک له، فغير محتمل، ولا يساعده ظاهر ما تقدّم بحسب المتفاهم العرفى، ولذا قيد فى الجواهر بأنّه يغدو عليه ويروح إذا شاء.

فلا يبعد أن يقال:مقتضى ملاحظه ما تقدّم من الروايات مع ملاحظه المتارف بين الرجال والنساء اعتبار كون الرجل متمكناً من الوصول إلى زوجته أو مملوكته، وكونهما تحت اختياره أيضاً زمان فجوره عرفاً بان لا يكون هو غائباً أو زوجته غائله، بحيث لم يمكن له الوصول اليها الاّ بعد مدّه من الزمان بأن يصدق عرفاً أنّه غائب عن اهله، وكذا فيما كان محبوساً، ومنه أيضاً ما إذا كانت زوجته مريضه بحيث لا يمكن له الاستمتاع منها عندما هاجت به شهوته، ولذا يمكن التفرقه بين حيض المرأه ومرضها بالنحو المزبور، حيث يمكن الاستمتاع بها فى الأوّل دون الثانى.

وقد ورد فى خبر عمر بن يزيد تحديد غيبوبه الرجل عن أهله السفر الموجب للقصر والافطار، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : اخبرنى عن أهله يزنى هل يرجم إذا كان زوجه وهو غائب عنها، قال: «لا يرجم الغائب عن أهله ولا المملک الّذى لم يبن بأهله ولا صاحب المتعه، قلت: ففى أىّ حدّ سفره لا يكون محصناً، اذا قصر وافطر فليس بمحصن»(1).

والروايه فى سندها عبدالرحمن بن حماد، ولم يثبت له توثيق ولم يعمل

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:356.

ولو تزوج محرّمه: كالأم والمرضعه والمحصنه، وزوجه الوالد وزوجه الأب، فوطأ مع الجهل بالتحريم فلا حدّ[1]، ولا ينهض العقد بانفراده شبهه فى سقوط

الشَرح:

بظاهرها ليدعى انجبار ضعفها، ونظيرها مرفوعه محمّد بن الحسين مع اضمارها.

وعلى ما ذكرنا، فان شک فى صدق الغياب عن الاهل وعدم الوصول اليها وعنده الفرج المملوک له عند فجوره يكتفى بالجلد، أخذاً بالاطلاق فى الآيه المباركه بعد اجمال المخصّص المقيّد له كما تقدم.

[1] ماذكر قدس سره تفريع على ما تقدّم، من اشتراط العلم بالحرمه فى تعلّق الحد بالزانى والزانيه، والاّ يكون الوطى من اشبهه الدارءه للحدّ.

والمستفاد من كلماتهم فى ملاک وط ء الشبهه يتخلف، وقد ذكر بعضهم أنّ الوط ء المحرم مع الظن بالاباحه هو وط ء الشبهه، واالبعض الآخر أنّ الوط ء غيرالمستحق مع عدم العلم بحرمته وط ء الشبهه.

وبعضهم أنّ الوط ء غير المستحق مع الاعتقاد بحليّته وط ء الشبهه، حتى فيما اذا كان مقصراً فى تحصيل ذلک الاعتقاد أو حليته مقتضى الحكم الظاهرى، كما اذا اخبرت بانها خليه مع احتمال صدقها أو شک فى تحقق الرضاع المحرم، فانّ مقتضى اعتبار قول المرأه أو استصحاب عدم تحقّق الرضاع جواز العقد عليها واستحقاق الوط ء، وأما اذا لم يكن اعتقاد بالحليه ولا حكم ظاهرى بان كان عند العمل محتملاً حرمه الوط ء وعدم استحقاق الاستمتاع بالمرأه، ولم يكن فى البين ما يقتضى عذره فى حرمتها عليه، فالوط ء المزبور مع حرمتها عليه واقعاً زناء، فيترتب عليه تعلق الحد، جلداً كان أم رجماً.

كما يلحق بالزنا ما اذا كان عند العمل غافلاً من حرمه الوطىء ولكن كان

الحدّ، ولو استأجرها للوط ء لم يسقط بمجرده، ولو توهم الحلّ به سقط.

الشَرح:

غفلته بارتكاب المحرم كالسكران، وأمّا اذا لم تكن الغفله ناشئه عن ارتكاب المحرم كطريان الجنون فلا حدّ لعدم التكليف فى حقه.

وقد استظهرنا فيما تقدم أنّ مع الجهل بحرمه المرأه عليه، ولو كان جهله تقصيرياً لا يتعلّق به الحد، لعدم كونه زنا ولا أقل من الشک فى صدقه، بل استظهرنا سقوط الحدّ بالجهل حتى مع الصدق من صحيحه عبدالصمد بن بشير الوارده فى نفى الكفاره عن مرتكب موجبها حتى مع الجهل تقصيراً.

نعم، لا فرق فى تعلق الحدّ بالوطى ء مع علمه عند العمل بحرمه المرأه عليه، بين كون علمه وجدانياً أو تعبدياً حاصلاً من اجتهاده أو تقليده، واحتمال الاختصاص بالأوّل، كما يحتمل فى عباره العلامه قدس سره لا وجه له.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ مجرد العقد على الأُمّ أو غيره بنفسه لا يحسب شبهه ولا كاشفاً عن عدم علم الطوء بالحرمه، وكذلک استيجار المرأه لوطيها، وإذا كان الواط ء من طرف مع الجهل بالحرمه ومن الطرف الآخر مع العلم بها يكون الوطى بالاضافه إلى الجاهل شبهه وبالاضافه إلى العالم بها زنا، ولو تشبهت الاجنبيه بزوجه الرجل فوطئها تعلّق بها الحد دون الرجل.

وفى روايه أبى روح: انّ المرأه تشبهت بأمه الرجل وذلک ليلاً فواقعها، وهو يرى أنّها جاريته، فرفع إلى عمر فارسل إلى على عليه السلام فقال: «اضرب الرجل حدّاً فى السر واضرب المرأه حداً فى العلانيه»(1)، ولا رسالها وضعفها ومخالفتها لماتقدم لا يصلح للاعتماد بها.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 38 من أبواب حدالزنا،الحديث 1:409.

حكم إكراه الباكره على الزنا

وكذا يسقط فى كل موضع يتوهّم الحلّ، كمن وجد على فراشه امرأه فظنّها زوجته فوطئها، ولو تشبهت له فوطأها فعليها الحدّ دونه، وفى روايه: يقام عليها الحد جهراً وعليه سرّاً، وهى متروكه، وكذا يسقط لو اباحته نفسها فتوهم الحلّ.

ويسقط الحدّ مع الاكراه، وهو يتحقّق فى طرف المرأه قطعاً، وفى تحقّقه فى طرف الرجل تردّد، والا شبه امكانه، لما يعرض من ميل الطبع المزجور بالشرع، ويثبت للمكرهه على الواطى ء مثلُ نسائها على الاظهر[1].

الشَرح:

[1] المنسوب إلى المشهور ثبوت المهر على الزانى اذا استكره المرأه كثبوته على واطى المرأه شبهه، والكلام فى المقام فى جهتين.

الأوّلى: اذا كانت المرأه باكره واغتصبها وأزال بكارتها بالدخول بها، ولا ينبغى التأمل فى الفرض، بأنّ على الزانى فى الفرض ارش بكارتها المقدر بمهر المثل.

وفى موثقه طلحه بن زيد عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «اذا اغتصب الرجل أمه فافتضها فعليه عشر قيمتها، وان كانت حره فعليه الصداق»(1).

حكم إكراه الثيب على الزنا

وثبوت هذا بعنوان ارش البكاره، ولذا يثبت مع ازاله بكارتها بغير الدخول، فى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، ان علياً رفع اليه جاريتان دخلتها الحمام وافتضت احدهما الاخرى باصبعها فقضى على التى فعلته عقرها(2).

والجهه الثانيه: ما اذا استكره الثيب ودخل بها، فان المنسوب إلى الشهره ثبوت مهر المثل على الزانى فى هذا الفرض، ويستدلّ على ذلک بوجوه ثلاث.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 39 من أبواب حدالزنا، الحديث 5:410.

2- (2) الباب 45 من أبواب المهمور.

ولا يثبت الاحصان الّذى يجب معه الرجم حتى يكون الواطى ء بالغاً حرّاً، ويطأ فى فرج مملوک بالعقد الدائم أو الرق متمكن منه يغدو عليه ويروح، وفى روايه مهجوره: دون مسافه التقصير.

وفى اعتبار كمال العقل خلاف[1]، فلو وطى ء المجنون عاقله وجب عليه الحدّ رجماً أو جلداً، هذا اختيار الشيخين رحمهما اللّه، وفيه تردّد.

الشَرح:

الاول: ماتقدّم من موثقه طلحه بن زيد المتقدّمه التى ذكرنا أنّها ناظره إلى الجهه الاولى.

الثانى: ما عن الشهيد الثانى وغيره، من أنّ مهر المثل عوض البضع التى استوفاه، وفيه أنّه لم يثبت هذا، فانّ الوارد فى وطى الشبهه هو أنّ على الواطى المهر بما استحلّه من فرجها، وهذا المضمون لا يشمل الاكراه على الزنا.

والثالث: الاخذ باطلاق مادلّ على أنّ الدخول يوجب الغسل فيما وجب فيه الحد، وأنّ مسّ الختانين يوجب الغسل والحدّ والمهر، غايه الأمر يرفع اليد عن اطلاقها فيما إذا كانت المرأه أيضاً مختاره يغنى زانيه لما دل على المهر لبغى.

وفيه أنّه لا تصل النوبه إلى التمسک بالاطلاق المزبور، مع ما ورد فى موثقه اخرى لطلحه بن زيد التى رواها الشيخ والصدوق ، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «ليس على زان عقر، ولا على المستكرهه حدّ»(1).

فانها ولو بنقل الشيخ غير خاليه عن المناقشه على طريق الصدوق، واطلاق الزانى يعم المكره بالكسر وغيره، وعلى الجمله الالتزام بما عليه المشهور على ماقبل لا يخلو عن صعوبه.

[1] الظاهرأنّه لا خلاف فى عدم تعلّق الحد بالمجنونه، ويشهد لذلک مضافاً

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حدالزنا، الحديث 5: 383.

....

الشَرح: إلى ارتفاع التكليف عنها صحيحه محمّد بن مسلم عن احدهما عليه السلام فى امرأه مجنونه زنت، قال: «انهالا تملک امرها ليس عليها شىء»(1)، ونحوها غيرها، وقد بعضها فى عدم تعلق الحدّ بالمستكرهه.

وأمّا بالاضافه إلى الرجل، فالمشهور أنّ الحدّ لا يتعلق بالمجنون لارتفاع التكليف عنه، والمنسوب إلى الشيخين والصدوق وبعض آخر أنّه يجرى الحدّ على المجنون، فان كان محصناً رجم وان كان غير محصن جلد.

ويدّل على التفرقه بين الرجل والمرأه روايه ابان بن تغلب قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «اذا زنى المجنون أو المعتوه جلدالحد وإن كان محصناً رجم، قلت: وما الفرق بين المحنون والمجنونه والمعتوه والمعتوهه، فقال: المرأه انمّا توتى والرجل يأتى، وانمّا يزنى اذا عقل كيف يأتى اللذه»(2).

ولكنّ الروايه لضعفها بإبراهيم بن الفضل الراوى عن ابان تغلب لا يمكن الاعتماد عليها، وفى صحيحه فضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «لا حدّ لمن لا حدّ عليه، يعنى لو أن مجنوناً قذف رجلاً لم أر عليه شيئاً ولو قذفه رجل لم يكن عليه حد»(3) وظاهرها عدم الحد على المجنون، بلا فرق بين حدّ القذف أو غيره، ونحوها موثقه عمار.

ثم انّه اعتبر جماعه فى تعلق الرجم بالرجل كون المزنى بها بالغه عاقله، فلو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:388.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب حدالزنا، الحديث 2:388
3- (3) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:332

سقوط الحد بمجرد دعوى الزوجيه

ويسقط الحدّ بادّعاء الزّوجيه، ولا يكلّف المدّعى بينه ولا يميناً[1]، وكذا بدعوى مايصلح شبهه بالنظر الى المدّعى.

الشَرح:

زنى الحر البالغ الذى له فرج يروح ويغدو عليه بصيبه أو مجنونه لا يرجم، وذكروا فى وجه ذلک بنقص اللّذه فيالدخول بالصبيه والمجنونه، و بنقص حرمتها بالاضافه إلى البالغه العاقله، وبما ورد فى الصبى اذا زنى بالمحصنه بأنّ الصبى يضرب دون الحد والمرأه الجلد دون الرجم.

وفى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام فى غلام صغير لم يدرک ابن عشر سنين زنى بأمرأه، قال: «يجلد الغلام دون الحد، وتجلد المرأه الحدّ كاملاً، قيل: وان كانت محصنه؟ لا ترجم لانّ الذى نكحها ليس بمدرک ولو كان مدركاً لرجمت»(1).

حيث يقال: مقتضى التعليل اعتبار البلوغ فى المزنى بها إذا كان الزانى بها محصناً، ولكن لا يخفى أنّ الوجهين الاولين لا يخرجان عن مجرد الاستحسان، والصحيحه لا دلاله لها على حكم صغر المزنى بها مع كون الزانى بها محصناً.

ومقتضى الاطلاق فى رجم المحصن إذا زنى، بل اطلاق بعض ما ورد فى أنّ الرجل اذا زنى بالصبيه حدّ، ثبوت الرجم مع احصان الرجل، بلا فرق بين بلوغ المزنى بها أو عقلها، وبين صغرها أو جنونها، وبلا فرق بين كون الحدّ جلداً أو رجماً.

[1] يسقط الحد عن الواط ء أو عن الموطوء بادعاء الزوحيه بينهما، ولا يطالب عن مدعيها البينه على مدعاه أو اليمين على انكاره الزنا، بلا خلاف

1- (1) الوسائل:18، الباب 9 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:362

والاحصان فى المرأه كالاحصان فى الرجل [1] لكن يرعى فيها كمال العقل اجماعاً، فلا رجم ولا حدّ على المجنونه فى حال الزنا وان كانت محصنه، وان زنى

الشَرح:

معروف أو منقول، ويشهد لذلک ما تقدم من سماع دعوى المرأه الاستكراه عليها، وان علياً عليه السلام درأ عنها الحد، حيث يظهر منه أن مع احتمال العذر فى الارتكاب فضلاً عن احتمال عدم الارتكاب لا مورد للحد.

ولكن فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأه تزوحت ولها زوج، فقال: «ترجم المرأه، وان كان للذى تزوجها بينه على تزوجها وإلاّ ضرب الحد»(1).

وظاهرها على ما قيل عدم سماع دعوى الزواج بلا بينه بالتزويج، وقد حملها الشيخ قدس سره على كون الرجل متهماً فى دعوى العقد عليها.

أقول: لا يمكن الأخذ بظاهرها، فان البينه بتزويجها لا تزيد عن العلم الوجدانى بالجراء العقد عليها، وقد تقدم أن مجرد اجراء العقد على المدخول بها لا يحسب شبهه، بل لابدّ من احتمال انّه لم يكن يعلم بان المرأه ذات بعل، ومع احتماله لا يثبت الزنا، اقام على العقد بينه ام لم يقم.

وكما أن دعوى الزوجيه مسقطه للحد كذلک دعوى الشبهه فى الوط ء، فانه مع احتمال الصدق يسقط الحد، كما استظهرنا ذلک من الروايات الوارده فى تزويج المرأه فى عدتها أو دعوى الجهل بحرمه الزنا مع احتماله فى حقه، اضعف إلى ذلک المرسل المشهور فى درأ الحدود بالشبهه.

[1] يعتبر فى احصان المرأه كونها حره لها زوج دائم عند فجورها وقد دخل

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب حدالزنا، الحديث 9:398.

....

الشَرح: بها وتمكنت هى من زوجها، بمعنى أن زوجها يطالبها بالفعل بحقه منها، المعبر عن ذلک بوصول زوجها إليها ووصولها إلى زوجها.

وعلى الجمله يفترق احصان الرجل عن احصان المرأه فى أمرين:

احدهما: ما تقدم من انّه لو كان الزانى بها صغيراً لم يتعلق بها الرجم، وقد تقدم أنّ الحكم كذلک لو كان الزانى بها مجنوناً عند جماعه من الاصحاب، وهذا بخلاف الرجل فانّه قد تقدّم تعلقّ الرجم عليه إذا كان محصناً، بلا فرق بين كون المزنى بها صغيره أو كبيره عاقله أو مجنونه.

الثانى: المعتبر فى احصان المرأه تمكنّها من زوجها، بعمنى أنّ زوجها بالعقد الدائم يطلبها بحقه عليها، لا انّها تتمكن من المطالبه بالاستمتاع من زوجها متى شاءت كما كان هذا معتبراً فى أحصان الرجل، فانه لا يجب الاجابه على زوجها بمطالبتها المزبوره بخلاف الزوجه، فانه تجب عليها الاجابه لزوجها.

ويشهد لما ذكرنا صحيحه أبى عبيده عن أبيعبداللّه عليه السلام قال: سألته عن امرأه تزوجت رجلاً ولها زوج، قال: «فقال: ان كان زوجها الأوّل مقيماً معها فى المصر التى هى فيه تصل اليه ويصل اليها فانّ عليها ما على الزانى المحصن، وان كان زوجها الأوّل غائباً أو كان مقيماً معها فى المصر لا يصل اليها ولا تصل اليه فانّ عليها ما على الزانيه غير المحصنه(1).

ويدّل على اعتبار الحريه فى احصانها صحيحه محمّد بن قيس عن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:395.

بها عاقل، ولا تخرج المطلّقه رجعيه عن الاحصان[1].

ولو تزوّجت عالمه كان عليها الحد تاماً، وكذا الزوج ان علم التحريم والعده، ولو جهل فلا حدّ، ولو كان احدهما عالماً حدّ حدّاً تامّاً دون الجاهل، ولو ادعى احدهما الجهاله، قيل: إذا كان ممكناً فى حقه.

الشَرح:

أبى جعفر عليه السلام فى مكاتبه زنت إلى ان قال: «وابى ان يرجمها وأن ينفيها قبل ان يبيّن عتقها»(1)، وقريب منها غيرها.

كما يدّل اعتبار العقد الدائم ما تقدّم من عدم حصول الاحصان الاّ بالعقد الدائم والشىء الدائم، وتلك الروايات وان كانت ناظره إلى احصان الرجل، ولكن ظاهرها انّ الاحصان المعتبر فى الرجم لا يحصل بالمتعه، بلا فرق فى ذلک بين الرجل والمرأه، وأمّا اعتبار الدخول بها فقد تقدّم أنّ احصانهنّ ان يدخل بهنّ.

وأمّا اعتبار البلوغ والعقل والاختيار، بمعنى عدم الاكراه، فهى من شروط تعلّق مطلق الحد، سواء كان حدّ الزنا بالجلد أو بالرجم أو حدّ غيره.

[1] بلا خلاف معروف أو منقول، ويكفى فى تعلق الرجم بكلّ من الرجل والمرأه ما دل على أنّ المطلقه رجعيه زوجه فيترتب احكامها، ومنها تعلق الرجم بزنا كلّ منها مع علمه بالحكم والموضوع.

ويمكن المناقشه فى هذا الاستدلال بأن مع الطلاق ولو رجعياً يرتفع ما يعتبر فى الاحصان، من وصول الرجل إلى المرأه ووصولها اليه، وكون الزوج بحيث يغدو ويروح عليها، خصوصاً إذا كانت هى الزانيه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب حدالزنا، الحديث 3:404.

....

الشَرح: ويمكن الاستدلال على الحكم بصحيحه يزيد الكناسى، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امرأه تزوّجت فى عدتها، فقال: «ان كانت تزوّجت فى عده ليس لزوجها عليها الرجعه، فانّ عليها حدّ الزانى غير المحصن، وإن كانت تزوجت فى عده بعد موت زوجها من قبل انقضاء الاربعه اشهر والعشره ايام فلا رجم عليها، وعليها الضرب مائه جلده»(1).

وفى موثقّ عمار بن موسى الساباطى عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل كانت له امرأه فطلّقها أو ماتت فزنى، قال: «عليه الرجم، وعن امرأه كان لها زوج فطلّقها أو مات ثم زنت عليها الرجم؟ قال: نعم»(2).

ويتعيّن حمل الطلاق فيها على الطلاق الرجعى، للتفصيل الوارد فى صحيحه يزيد الناسى، وأمّا الزنا بعد موت الزوج الوارد فى الموثقه فلا بدّ من طرحه، لمعارضته لماورد فى صحيحه يزيد الكناسى، وموافقه الصحيحه لما فى الكتاب المجيد، من الاطلاق الدال على أنّ حدّ الزانى والزانيه مائه جلده.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى روايتى على بن جعفر،عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل طلق أو بانت امرأته ثم زنى ماعليه؟ قال: الرجم»(3)، وسألتع عن امرأه طلقت فزنت بعد ما طلقت هل عليها الرجم؟ قال: «نعم»(4).

فانّه لا بدّ من حمل الطلاق فيهما على الرجعى، وأمّا ما ورد من الرجم فيما

1- (1) الوسائل:18 الباب 27 من أبواب حدالزنا، الحديث 3:396.
2- (2) الوسائل:18 الباب 27 من أبواب حدالزنا، الحديث 8:398.
3- (3) الوسائل:18 الباب 6 من أبواب حدالزنا، الحديث 1:357.
4- (4) الوسائل:18 الباب 6 من أبواب حدالزنا، الحديث 2:357.

إحصان المطلقه خلعاً

ويخرج بالطلاق البائن عن الاحصان، ولو راجع المطلق المخالع لم يتوجّه

الشَرح: إذا بانت امرأته ثم زنى، فيطرح كما عرفت، هذا مع المناقشه فى سندهما.

ثم انّه قد ذكرنا عدم خروج الرجل عن الاحصان بطلاق زوجته بطلاق رجعى، وانّه لو زنى الزوج قبل انقضاء عده زوجته تعلّق به الرجم، ولكن حيث ذكر الماتن فى العباره العلم بالتحريم والعده فسره فى الجواهر بالزوج الثانى وانه لو كان هذا الزوج جاهلاً بانّ المرأه ذات عدّه أو جهل عدم جواز تزويج المعتده لم يثبت عليه الحد والاّ ثبت، سواء كان جلداً أو رجماً.

ولو ادعى أحدهما الجاهله بعدّتها أو بحرمه التزويج فى العده، وكانت الجهاله محتمله فى حقه، سمعت الدعوى، على ما تقدم من كون الجهاله موجبه لسقوط الحد.

الدخول المحقق للإحصان

وذكر الماتن قدس سره أنّ الطلاق البائن، ومنه الطلاق الخلعى يوجب خروج المرأه والرجل عن الاحصان، واذا رجعت المرأه فى بذلها يحدث الزوجيه بينهما برجوعها إلى بذلها، فما لم يدخل بها بعد هذه الزوجيه لا يتعلّق بزناه الرجم، وكذا بزنا المرأه حيث أنّه لا احصان إلاّ بالدخول بها.

وكذا كلّ من كانت له زوجه دائمه، ولكن كان عند دخوله بها غير واجد لما يعتبر فى تعلّق الحد بالزانى، كما اذا كان عند دخوله بها صغيراً أو مجنوناً أو عبداً، فانّه إذا زنى بعد بلوغه أو افاقته أو حريته يعتبر فى تعلق الرجم بزناه دخوله بزوجته الدائمه بعد بلوغه أو افاقته أو حريته.

كما يشهد لذلک ما ورد فى عتق العبد المزوج من حرّه، من أنّه لا رجم عليه حتى يواقع الحره بعد ما يعتّق.

ثبوت الحد على الأعمى وتحقق الشبهه مع العمى

عليه الرجم إلاّ بعد الوطى ء، وكذا المملوک لو اعتق و المكاتب اذا تحرر.

ويجب الحدّ على الاعمى[1]، فان ادعى الشبهه، قيل: لا يقبل، والاشبه القبول مع الاحتمال.

ويثبت الزنا بالاقرار أو البيّنه، امّاالاقرار فيشرط فيه بلوغ المقر وكماله والاختيار والحريه[2]،

الشَرح:

[1] لاطلاق ما دل على تعلّق الحد بالزانى واالزانيه وتعلق الرجم بالمحصن والمحصنه، ولم يعرف بل ولم ينقل خلاف فى ذلک عن اصحابنا، نعم المحكى عن الشيخين وابن البراج وسلاّر عدم قبول دعوى الشبهه من الاعمى، ولم يعلم دليل على ذلک، والمحكى عن ابن إدريس قبول دعواه الشبهه بشهاده الحال بها ادعاه، بأن تكلم المرأه مماثلاً مع تكلم زوجته وجسمها مماثلاً لجسم امرأته من حيث السمن وعدمه والمحكى عن بعض سماع دعوى الشبهه إذا كان عدلاً، وكلّ ذلک مما لا وجه له مع احتمال صدقه، فانّه مع احتمال العذر لا يجرى على انسان حدّ، والاعمى وغيره فى ذلک سواء.

ثبوت الزنا بالإقرار والبينه

[2] يثبت موجب الحدّ باعترف المرتكب أو قيام البيّنه على ارتكابه، ويعتبر فى نفوذ الاقرار بلوغ المقرّ وكمال عقله وعدم الاكراه عليه فى اقراره وعدم كونه رقاً.

أمّا اعتبار البلوغ، فلأنّ الصبى مرفوع عنه القلم لا يؤخذ على أمره ومنه اقراره، ولكن يؤدّب لكذبه أو صدور الفعل عنه، وممّا ذكر يظهر الحال فى اعتراف المجنون ولا أثر لاقراره، وموضوع النفوذ اقرار العاقل.

وذكروا فى نفوذ الاقرار الاختيار، فانّ اعتراف المكره عليه بلا خلاف يعرف، لحكومه حديث رفع عن امتى ما استكرهوا عليه، لا اثر له.

....

الشَرح: وفى خبر أبى عبداللّه عليه السلام : «انّ أميرالمؤمنين عليه السلام قال: من أقرّ عند تجريد أو حبس أو تهديد فلا حدّ عليه»(1).

والمنفى نفوذ الاقرار عن اكراه وتخويف وثبوت الواقع به، وأمّا إذا احرز الواقع بالقرائن على صدق اعترافه، فهذا أمر آخر غير مربوط بنفوذ الاقرار، كما أنّه لو احرز الارتكاب بغير اقراره، ولكن طولب منه الاقرار، ولو بالتخويف والتهديد لقطع عذره وقطع السبيل عنه فى دعوى أنّ اجراء الحد عليه من الظلم، فلا بأس.

وفى صحيحه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل سرق فكابر عنها فضرب فجاء بعينها هل يجب عليه القطع، قال: «نعم، ولكن لو اعترف ولم يجى ء بالسرقه لم تقطع يده لانّه اعترف عليالعذاب»(2).

والتعليل فيها مقتضاه عدم اثر للاعتراف مع العذاب ونحوه، إلاّ اذا احرز وقوع الارتكاب، فانّ المجى ء بالعين بالمباشره لا خصوصه له، كما لا يخفى .

ويعتبر فى نفوذ الاقرار كون المقر حرّاً، فلا اعتبار باعتراف العبد بزناه، إلاّ أن يصدّقه مولاه، بلا خلاف عندنا، حيث إنّ الاقرار ينفذ على المقر دون غيره، فاقراره على نفسه اعترف على مولاه فانّه مملوكه، فاجراء الحد عليه تصرّف فى ملك الغير، بل ربمّا يعد الحد الجارى عليه عيباً، بل ثبوت زناه عيباً يوجب سقوطه أو تنزلّه عن القيمه التى لمولاه.

ومع الغض عمّا ذكر يشهد للحكم صحيحه الفضيل بن يسار قال: سمعت

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالسرقه، الحديث 2:497.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حدالسرقه، الحديث 1:497.

....

الشَرح: أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا اقر المملوک على نفسه بالسرقه لم يقطع وان شهد عليه شاهدان قطع»(1).

وقد يقال بنفوذ اقرار المملوک على نفسه، ويتبع به بعد عتقه أو انعتاقه، ولا يقاس باقرار الصبى، حيث لا يتبع به بعد بلوغه، والفارق أنّ إعتراف الصبى ملغى بخلاف اعتراف العبد، فانّ عدم سماعه لكونه اقراراً على الغير لا لسلب اعتبار كلامه، وفيه ما لا يخفى، فانّه بعد عتقه لم يعترف، وما اعترف به كان على مولاه فلا ينفذ، نعم لو اعاد اعترافه بعد عتقه ينفذ.

هذا كله مع عدم تصديق مولاه، وأمّا مع تصديقه اعترافاً من المولى على نفسه فينقذ، وعلى هذا تحمل صحيحه ضريس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا أقرّ العبد على نفسه عند الإمام مره أنّه قد سرق قطعه، ولأمه إذا أقرت بالسرقه قطعها»(2).

وكذا صحيحه الفضيل قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام : «من اقرّ على نفسه عند الإمام بحق من حدود اللّه مرّه واحده حرّاً أو حرّه كانت أو أمه، فعلى الإمام ان يقيم الحد الذى أقرّ به على نفسه كائناً من كان إلاّ الزانى المحصن، فانه لا يرجمه حتى يشهد عليه أربعه شهداء، فاذا شهدوا ضربه الحد مائه جلده ثم يرجمه»(3).

مع أنّ مضمون هذه غير مطابق للمذهب من جهات تأتى الاشاره اليها،

1- (1) الوسائل: 18، الباب35 من أبواب حدالسرقه، الحديث 1:532.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدالسرقه، الحديث 2:487.
3- (3) الوسائل: 18، الباب32 من مقدمات الحدود، الحديث 1:343.

وتكرار الاقرار اربعاً فى أربعه مجالس[1]. ولو اقر دون الاربع لم يجب الحدّ ووجب التعزير، ولو اقر اربعاً فى مجلس واحد قال فى الخلاف والمبسوط: لم يثبت، وفيه تردد.

الشَرح:

وعلى الجمله قياس اعتراف العبد بزناه باعترافه باتلاف مال الغير، فانّ اتلافه يكون عليه لا على مولاه فيثبت الضمان عليه، غايه الأمر يستوفى بعد عتقه، غير صحيح ،فانّ اعترافه بزناه اعتراف على مولاه كما تقدم، ولذا لو صدق العبد مولاه فى اتلاف مال الغير لا يكون ضمانه على المولى، بخلاف جنايته على تقدير تصديقه.

[1] يقع الكلام فى المقام فى جهتين:

الاولى: عدم كفايه الاقرار مرّه أو أقل منا الاربعه فيثبوت الزنا، ولم يعرف الخلاف ألاّ عن ابن أبى عقيل، فانّ المنسوب اليه كفايه الاقرار مرّه، كما حكي ذلک عن أكثر العامه، ولا فرق فى عدم الكفايه بين كون الحد جلداً أو رجماً.

الثانيه،: كون التكرار فى أربعه مجالس، وأنّه لا يكفى تكراره فى مجلس واحد.

وأمّا الجهه الأوّلى: فقد اشرنا إلى أنّ المشهور عند اصحابنا قديماً وحديثاً عدم الثبوت بالاقرار مرّه، ويدل على اعتبار التكرار بأربع مرّات، سواء كان الزنا موجباً للجلد أو الرجم صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى رحل قال لامرأته: يا زانيه انا زنيت بک، قال: «عليه حدّ واحد لقذفه اياها، وامّا قوله: انا زينت بک فلا حدّ فيه الاّ ان يشهد على نفسه أربع شهادات بالزنا عند الإمام»(1).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حدالقذف، الحديث 1: 446.

....

الشَرح: وفى مرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام فى رجل قال لامرأته يا زانيه، قالت: انت ازنى منى، فقال: «عليها الحد فيما قذفت به، وأما اقرارها على نفسها فلا تحد حتى تقرّ بذلک عند الإمام أربع مرّات»(1).

ومقتضاهما عدم الفرق بين الزنا الموجب للحد أو الرجم، فى أنّ ثبوته يكون بالاقرار بأربع مرّات عند الإمام.

ويدل على ذلک أيضاً صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: اتى رجل بالكوفه أميرالمؤمنين عليه السلام فقال: انى زنيت فطهرنى، قال: «ممّن انت، قال: من مزنيه، قال: أتقرأ من القرآن شيئاً، فقال: بلى، قال: فاقرأ، فاقرأ فاجاد، فقال: أبک جنه، قال: لا، قال: فاذهب عنى حتى نسأل عنک إلى ان قال: فرجع اليه الرابعه، فلما اقرّ قال أمير المؤمنين عليه السلام لقنبر: احتفظ به ثم غضب، وفيه أنّه رجمه»(2).

وحه الدلاله أنّه لو كان الاقرار مرّه كافيه فى ثبوت الجلد لما كان لتأخير الحد وجه، والسؤال عن صحه عقله كان بعد الاقرار الاوّل.

ويدل أيضاً على اعتلبار الاقرار بأربع مرات صحيحه خلف بن حماد، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، المتضمنه لحكايه امرأه أتت أميرالمؤمنين عليه السلام : فقالت: «يا أميرالمؤنين انى زنيت فطهرنى طهرک اللّه، فانّه عليه السلام ذكر فيها انّ اقرارها كل مرّه بمنزله شهاده واحده»(3).

ومن الظاهرها، وان كان أنّ الزنا لا يثبت بأقلّ من شهاده الاربع، كما هو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد القذف، الحديث 3: 447.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 379.
3- (3) الوسائل: 16، الباب 13 من أبواب حد الزنا،الحديث 1: 377.

....

الشَرح: مدلول الآيه فى القذف، وعلى الجمله فالحكم ممّا لا ينبغى التأمل فيه.

وأمّا صحيحه الفضيل قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقر على نفسه عندالإمام بحق من حدود اللّه مره واحده حراً كان أو عبد، أو حره كانت أو أمه، فعلى الإمام أن يقم الحد للذى اقر به على نفسه، كائناً من كان الاّ الزانى المحصن، فانّه لا يرجمه الاّ ان يشهد عليه أربعه شهدوا عليه ضربه الحد مأه جلده ثم يرجمه»(1).

فظاهرها، وان كان كفايه الاقرار مرّه فى ثبوت الجلد، إلاّ آنهامرهونه بظهورها فى عدم ثبوت موجب الرجم بالاقرار، بل يعتبر فى ثبوته شهاده الاربع، ومعه يجلد ثم يرجم، مرهونه أيضاً بظهورها فى نفوذ الاقرار العبد والأمه، وهذه الامور مخالفه للمذهب كما اشرنا سابقاً.

نعم يمكن رفع اليد عن اطلاقها بالاضافه إلى الاقرار مره وعدم سماع الاقرار فى موجب الرجم اصلاً، وكذا فى سماع اقرار العبد والأمه، ومعه لا يصلح للاعتماد عليها فى توجيه ما نسب إلى ابن أبى عقيل كما لا يخفى.

ثم انّ المحكى عن الشيخين وابن ادريس والعلامه أنّه باقراره عاص، فيستحقّ التعزير إذا لم يتم أربع مرات، ولكن لا يخفى ما فيه، فانّه لا يحرز باقراره دون الاربع ثبوت الزنا، والفعل الحرام الآخر غير محرز، حتّى لو قيل بأنّ اظهار المعصيه، فانّه لو كان قاصداً الاقرار أربع مرات لتطيره بالحدّ، كما هو الفرض، لم يكن فى الاظهار معصيه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب حد القذف، الحديث 3: 447.

ویستوی فی ذلک الرجل والمرأه[1]، وتقوم الاشاره المفیده لاقرار فی الشَرح: أمّا الجهه الثانیه: وهی تعدد المجالس فی أربع مرات، فالمحکی عن الشیخ فی الخلاف والمبسوط اعتبار وقوع کلّ اقرار فی مجلس، وعن ابن أبی حمزه لا یثبت الزنا بالاقرار بأربع مرات مع عدم تعدّد المجلس.

ویستدلّ علی ذلک بما وقع من وقوع الاقاریر فی المجالس عند النبی صلی الله علیه و آله وسلم ،وعند علی علیه السلام ، ولکن لا یخفی أنّ وقوعها فی مجالس متعدّده لا یدلّ علی اعتبار المجالس، ومقتضی الاطلاق فی صحیحه محمّد بن مسلم المتقدّمه وغیرها عدم اعتبارها، ولعله لذلک ذهب المشهور إلی عدم الاعتبار.

اضف إلی ذلک أنّه لا یظهر من المحکی عن قضیه ما عز کون اعترافه فی أربعه مجالس، وکذا قضیه المرأه التی أتت علیاً علیه السلام ، فراجع ما رواه الکینی، عن علی بن ابراهیم، عن محمّد بن عیسی، عن یونس، عن ابان، عن أبی العباس، عن أبی عبداللّه علیه السلام (1)، وما رواه الصدق قدس سره بسنده عن یونس بن یعقوب، عن أبی مریم، عن أبی جعفر علیه السلام (2).

[1] لا فرق بین الرجل والمرأه فی أنّ ثبوت زناها کالرجل یحتاج إلی اعترافها بأربع مرات، ویشهد لذلک ما وقع عند أمیرالمؤمنین علیه السلام من اعتراف المرأه بزناها أربع مرات وقوله علیه السلام «اللّهم انه ثبت علیها أربع شهادات»، والمؤیّد بمرسله الصدوق المتقدّمه، فانّ فیها: «اما اقرارها علی نفسها فانّها لا تحدّ حتّی تقر بذلک عند الإمام أربع مرّات».

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15، من أبواب حدالزنا، الحدیث 2: 376.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 16، من أبواب حدالزنا، الحدیث 5: 380.

الأخرس مقام النطق [1].

ولو قال: زنيت بفلانه لم يثبت الزنا فى طرفه حتى يكرّره أربعاً، وهل يثبت القذف للمرأه، فيه تردد[2].

الشَرح:

[1] بلا خلاف منقول أو معروف، كما هو الحال فى سائر انشاءاته واخباراته، وبتعبير آخر مع الاشاره المفهمه إلى ارتكابه الفاحشه بأربع مرات يصدق أنّه اعترف بزناه أربع مرّات.

وذكر فى الجواهر كفايه مترجمين لترجمه اشارته، كما يكفى شاهدان باعتراف المعترف الناطق، ولا يكفى مترجم واحد لأنّ الترجمه شهاده على اقرار الاخرس، لا روايه عن اقراره ليكتفى بالواحد.

أقول: إذا اعترف الأخرس فى حضور الحاكم ولم يظهر للحاكم مراده من اشارته لا تعدّ ترجمه المترجم للحاكم شهاده باعترفه بل مبيّنه لمراده من اشارته، ومع كونه ثقه أو عدلاً وله عرفان باشارات الأخرس يكون التعدّد احتياطاً فى اجراء الحدّ.

وامّا الشاهدان باعتراف الناطق، فيتعيّن حمل كلامه على ما إذا شهد كلّ من العدلين على اعتراف الناطق عند الحاكم الآخر، والاّ فالاعتراف عند غيره لا يثبت موجب الحد، كما ورد ذلک فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه، حيث ذكر سلام اللّه عليه فيها: «وأمّا قوله: انا زنيت بک فلا حدّ فيه الاّ أن يشهد على نفسه أربع شهادات بالزنا عند الإمام».

[2] بعد ما تبيّن من أنّ ثبوت الزنا يحتاج إلى الاعتراف بأربع مرّات، يقع الكلام فى أنّه إذا عيّن المقر فى اعترافه ولو مره واحده المرأه المزنى بها بأن قال: زنيت بفلانه، فهل يتعلّق بالمقر حدّ قذف المرأه أو لا يثبت القذف، حتى وان كرره

....

الشَرح: أربع مرات.

ويقال فى وجه التعلّق أنّ قوله زنيت بفلانه كماأنّه اعتراف بزناه كذلک رمى المرأه المزبوره بالفاحشه، وقد ورد فى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام : قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم : «لا تسألوا الفاجره من فجر بک، فكما هان عليها الفجور يهون عليها أن ترمى البرى ء المسلم»(1)، حيث ان رميها عباره اخرى عن تعيين الزانى بها.

وفى معتبرته الاخرى عن على عليه السلام قال: «اذا سألت الفاجره من فجر بک فقالت: فلان، جلدتها حدين: حدّاً للفجور وحدّاً لفريتها على الرجل المسلم»(2).

ولكن لا يخفى عدم دلاله الروايتين على أنّ اعتراف الرجل بانى زينت بفلانه رمى للمرأه بالزنا، وذلک فانّ قول المرأه زنى بى فلان قذف للرجل المزبور، بخلاف قول الرجل: زنيت بفلانه، فانّ هذا لا يتضمن رمى المرأه بالزنا، حيث لم يسند الزنا إلى المرأه بل إلى نفسه لاحتمال اشتباهها، بخلاف قولها: زنى بى فلان، فانّه اسناد الزنا إلى الرجل.

وممّا ذكر يظهر أنّ القذف فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه من قول الرجل لامرأته: يا زانيه أنا زنيت بک، هو قوله: يا زانيه، وامّا قوله: انا زنيت بک، فلا دلاله له على رميها بالزنا.

نعم، ذكر جماعه منهم صاحب الجواهر قدس سره انّه يثبت بقول الرجل: زنيت

1- (1) الوسائل:18، الباب 41 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 411.
2- (2) الوسائل:18، الباب 41 من أبواب حدالزنا، الحديث 2: 411.

فيما لو أقر بحد ولم يبين

ولو أقر بحد ولم يبينه لم يكلّف البيان وضرب حتّى ينهى عن نفسه[1]. وقيل: لا يتجاوز به المأه ولا ينقص عن ثمانين، وربما كان صواباً فى طرف الكثره، ولكن ليس بصواب فى طرف النقصان، لجواز أن يريد بالحد التعزير.

الشَرح:

بفلانه، التعزير عليه لهتكه حرمتها وايذائها.

أقول: لو قال: زنيت بفلانه وهى مكرهه أو شبهه، أو قال: وطأتها بوط ء الشبهه، فاللازم الالتزام بالتعزير عليه، لعين ماذكر من هتكها وايذائها، وقد حكى عن الشيخين انّه مع التزامهما بأنّ قوله زنيت بفلانه قذف، أنّه لو فسّر كلامه بالاكراه عليها أو اشتباهها لم يكن قذفاً ولكن يثبت التعزير، وظاهر هذا المحكى التزامهما بالتعزير ولو لم يقصد الايذاء والهتک، اللّهم الاّ أن يقال: إنّ ثبوت التعزير ولو مع عدم قصد الايذاء والهتک اما للافتراء عليها أو اغتيابها.

[1] الواجب على الحاكم اقامه الحدّ مع ثبوت موجبه، وأن يكون له حق العفو فى موارد ثبوته بالاقرار، ولكن الاقرار بثبوت الحد عليه بنحو الاجمال لا يكون من ثبوت الموجب، حيث يكون المعتبر فى بعض الموجبات الاقرار باربع مرّات، وفى بعضها بمرتين، وفي بعضها يكفى الاقرار مرّه، فالاقرار بالحد عليه بنحو الاجمال لا يثبت شيئاً منها، هذا مع الاغماض عن احتمال كون مراده ما يوجب التعزير.

ودعوى أنّ الحاكم تكليفه ببيان الحد، المراد أخذاً بما دلّ على عدم جواز تعطيل الحدود والتأخير فى اقامتها كماترى، بعد ما ذكرنا من عدم ثبوت موجبه.

ولا يقاس هذا الاقرار بما إذا أقرّ أنّ يكلّف بالبيان، وذلک فانّ على الحاكم فصل الخصومه بين الناس والعيال حق بعضهم اليه من بعض ،بخلاف الحدود فانّها مبنيّه على التخفيف والممانعه عن ثبوت موجبها، كمايظهر ذلک من ممانعه

....

الشَرح: النبى صلى الله عليه و آله وسلم وعلى عليه السلام عن تمام الاقرارات.

بل فى موثقه أبى العباس قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام أتى النبى صلى الله عليه و آله وسلم رجل فقال انى زنيت، إلي ان قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله وسلم «لو استتر ثم تاب كان خيراً له»(1).

وعلى الجمله، مقتضى القاعده الاوّليه أنّه ليس على الحاكم مع احمال اقراره الأمر بالبيان ولا اجراء الحد، نعم لا بأس بأمره بالبيان أو يبيّن المقرّ مراده، حيث يستفاد من الموثقه أنّ المرتكب يجوز له أن يطالب باجراء الحد عليه، ولكن فيالبين روايه يستفاد منها ما ذكر فى المتن، من أنّه يجرى على المقرّ الجلد حتّى ينهى عن نفسه، وهى صحيحه محمّد قيس عن أبى جعفر، عن أميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل اقرّ على نفسه بحدّ ولم يسّم أىّ حدّ هو قال: «أمر ان يجلد حتى يكون هو الذى ينهى عن نفسه فى الحدّ»(2).

وقد عمل بظاهرها جماعه، منه القاضى والشيخ قدس سره ولكن ناقش فيها فى المسالک بضعف السند، لاشتراک محمّد قيس الّذى يروى عن أبى جعفر عليه السلام بين أبى النصر الاسدى وبين أبى احمد الاسدى الّذى لم يثبت له توثيق، وفيمجمع البرهان فى سندها سهل بن زياد.

ولكن المناقشه ضعيفه لأنّ قضايا أميرالمؤمنين عليه السلام نقلها أبو النصر الاسدى المكنى بأبى عبداللّه عن أبى جعفر، وهذه من قضاياه عليه السلام ، بقرينه روايه عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس، ورواها الكلينى عن عبدالرحمن بن ابى نجران، عن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 5: 328.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 318.

....

الشَرح: عاصم بطريقين سهل بن زياد فى احدهما، والطريق الآخر على بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن أبى نجران.

وناقش فى المسالک فى دلالتها أيضاً، بأنّ الجلد إلى أن ينهى عن نفسه أمّا حدّ أو تعزير، فان كان حدّاً فلابدّ من الاكتفاء بأقلّ الحدود، مع أنّ مدلولها يجلد إلى أن ينهى عن نفسه، بلا فرق بين نهيه، قبل إكمال أقلّ الحدّ أو بعد تجاوز أكثره، مع أنّ الحدود ليست كلّها من قبيل الأقلّ والاكثر، ولا متساويه فى الثبوت بالاقرار بمرّه وإن كان تعزيراً فالتعزير منوط بنظر الحاكم لا بنظر من يجرى عليه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ التعزير يمكن أن يكون فى مورد الاقرار بالحدّ مجملاً منوطاً بنهى من يجرى عليه التعزير فى مقداره.

وأمّا دعوى أنّها معارضه بخبر انس من طرق العامه، قال: كنت عند النبى صلى الله عليه و آله وسلم فجاءه رجل فقال يا رسول اللّه انى اصبت حدّاً فاقمه علىّ ولم يسمه فحضرت الصلاه فصلّى النبى صلى الله عليه و آله وسلم الصلاه فقام اليه الرجل فقال يا رسول اللّه انى اصبت حدّاً فاقم فىّ حدّ اللّه قال: «أليس صليت معنا قال: نعم قال: فانّ اللّه غفر ذنبک وحدک»(1)، فلا يخفى ما فيها لضعفه واحتمال عفوه صلى الله عليه و آله وسلم .

وفى المرسل المروى فى المقنع: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى رجل أقرّ على نفسه بحد ولم يبين أى حدّ هو ان يجلد حتى يبلغ الثمانين ثم قال ولو اكملت جلدک مائه ما ابتغيت عليه بنيّه غير نفسک(2).

1- (1) صحيح البخارى ج 8 ص 207.
2- (2) مستدرک الوسائل: 18، الباب 9 من مقدمات الحدود، الحديث 2:15و10 الباب العاشر من مقدمات الحدود.

وفى التقبيل والمضاجعه فى ازار واحد والمعانقه روايتان[1]، احدهما: مأه جلده، والاخرى: دون الحدّ، وهى اشهر.

الشَرح:

ولذا ذكر ابن ادريس: لا يتجاوز به المائه ولا ينقص عن ثمانين، ولكن لا يخفى ما فيه لضعفه بالارسال ومعاوضه بالصحيحه وعدم عمل المشهوربه، فلا يمكن الاعتماد عليه والعمل به، خصوصاً من ابن ادريس الّذى لا يعمل باخبارالآحاد.

ودعوى أنّ أقل الحد ثمانون واكثره مائه غير مقيده، لأنّ أقلّ الحد وهو حدّ القياده خمسه وسبعون جلده ويثبت بالاقرار بمرتين عند المشهور، مع أنّ الاقرار بالحد يعم اراده التعزير، فالاظهر الأخذ بظاهر الصحيحه والالتزام بانّه يتعلّق الجلد بالمقر بالحدّ اجمالاً إلى ان ينهى عن نفسه، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّ فى الاستماع بالاجنبيه إذا كان بغير الجماع كالتقبيل والمضاجعه فى ازار واحد والمعانقه روايتين، احداهما: انّه يتعلّق بكلّ من الرجل والمرأه الحدّ الادنى للزنا، يعنى الجلد بمائه سوط، وثانيهما: انّ المتعلّق بكلّ منهما دون الحد المزبور، ولكن الروايات الوارده فى المقام كلّها فى وجدان الرجل والمرأه تحت لحاف واحد أو ثوب واحداً وفراش واحد.

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «حدّ الجلد أن يوجدا فى لحاف واحد، والرجلان يجلدان إذا وجدا فى لحاف واحد، والمرأتان تجلدان إذا أخذتا فى واحد»(1).

1- (1)الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حدالزنا، الحديث 1: 363.

....

الشَرح: وفى صحيحه عبداللّه بن سنان: «حدّ الجلد فى الزنا ان يوجدا فى لحاف واحد والرجلان يوجدان فى لحاف واحد، والمرأتان توجدان فى لحاف واحد»(1)، وفى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «كان على عليه السلام اذا وجد الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحد، واذا أخذ المرأتين فى لحاف ضربهما الحد»(2)، وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه قال: قال ابو عبداللّه عليه السلام : «اذا وجد الرجل والمرأه فى لحاف واحد قامت عليهما بذلک بينه ولم يطلع منهما على سوى ذلک جلد کل واحد منهما مائه جلده»(3).

إلى غير ذلک ممّا لا يسفاد منها حكم غير الاجتماع تحت لحاف وازار، وفى مقابل ذلک طائفتان:

احدهما: نفى اجراء الحد الثابت فى الزنا كصحيحه معاويه بن عمار، قال: قلت لابى عبداللّه عليه السلام : «المرأتان تنامان فى ثوب واحد؟ فقال: تضربان، فقلت: حدّاً؟ قال: لا، قلت: الرجلان ينامان فى ثوب واحد، قال: يضربان، فقلت: الحد؟ قال: لا»(4).

وهذه الصحيحه وان لم تتضمن حكم اجتماع الرجل والمرأه فى ثوب واحد، الاّ أنّ ملاحظه الروايات الوارده فى نوم الرجلين أو المرأتين أو الرجل والمرأه يوجب الجزم بعدم الفرق فى الحكم بين الصور الثلاث.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حدالزنا، الحديث 4: 364.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حدالزنا، الحديث 6: 365.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حدالزنا، الحديث 9: 365.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 16: 367.

....

الشَرح: والطائفه الثانيه: ما عيّن دون الحد بمائه جلده إلاّ جلده، وفى موثقه ابان بن عثمان قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «انّ علياً عليه السلام اذا وجد امرأه مع رجل فى لحاف واحد جلد كل واحد منهما مائه سوط غير سوط»(1).

وفى صحيحه حزير عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ان عليّاً عليه السلام وجد رجلاً وامرأه فى لحاف واحد فضرب كلّ واحد منهما مائه سوط الاّ سوطاً»(2)، وفى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: «كنت عند أبى عبداللّه عليه السلام فدخل عليه عبادالبصرى ومعه اناس من اصحابه، فقال له: حدثنى عن الرجلين اذا أخذا فى لحاف واحد، فقال له: كان على عليه السلام إذا أخذ الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحد، فقال له عباد: انّک قلت لى غير سوط، فاعاد عليه ذكر الحديث حتى اعاد ذلک مراراً، فقال: غير سوط، فكتب عند ذلک القوم الحضور الحديث»(3).

وطاهرها أنّ الإمام عليه السلام كان ممتنعاً عن بيان أنّ الجلد أقل من الحد بسوط، ولعلّه كان لرعايه التقيه، وبعد ما اصّر على السؤال وكررّه ذكره الإمام كونه أقل من الحد بسوط.

وعلى هذا فتكون هذه الطائفه مقيّده للطائفه الداله على نفى حدّ الزنا، ومقيده ايضاً لما دل على أنّ الجلد مائه سوط، حيث يقيد بانّه الاّ سوطاً، ولو لم يكن الجمع المزبور تطرح ما دلّ على اجراء حدّ الزنا لكونها موافقه لمذهب العامه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 19: 367.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 20: 367.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 363.

....

الشَرح: والمتحصّل أنّ الاجتماع فى لحاف واحد أو ازار أو ثوب واحد، وان لا ينفک غالباً عن بعض سائر الاستمتاع، الاّ أنّ ثبوت الجلد بمائه الاّ سوطاً اذا حصل الاجتماع، وامّا إذا تجرد بعض تلک عن الاجتماع تحت ساتر واحد فالمتعيّن الأخذ باطلاقات التعزير لخروجه عن موضع هذه الاخبار.

ولكن المنسوب إلى المشهور فى المقام التعزير حتى فى الا جتماع فى ثوب واحد، وقيل: أنّه لا يقلّ عن ثلاثين سوطاً ولا يزيد على تسعه وتسعين.

ويستدلّ على ذلک بروايه سليمان بن هلال قال: سأل بعض اصحابنا أبا عبداللّه عليه السلام فقال: جعلت فداک الرجل ينام مع الرجل فى لحاف واحد، فقال: «ذو محرم؟، فقال: لا فقال: من ضروره، قال: لا، قال: يضربان ثلاثين سوطاً ثلاثين سوطاً قال: فانه فعل، فقال:ان كان دون الثقب فالحدّ وان هو ثقب اقيم قائماً ثم ضرب ضربه بالسيف منه ما أخذ، قال: فقلت له: فهو القتل، قال: هو ذاک، قلت: فامرأه نامت مع امرأه فى لحاف، فقال: ذواتا محرم، قلت: لا، قال: من ضروره؟ قلت: لا، قال: تضربان ثلاثين سوطاً، قلت: فانّها فعلت، قال: فشقّ ذلک عليه، فقال: أفّ أفّ ثلاثاً، وقال الحدّ»(1).

وفيه انّه مع ضعف سندها، وكونها ناظره إلى غير فرض نوم الرجل والمرأه، لا يمكن العمل بها فى المقام وغيره أيضاً، لما تقدّم من الروايات الداله على حكم احتماع الرجلين والمرأتين، واجتماع الرجل والمرأه تحت ثوب واحد.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ ظاهر عباره الماتن قدس سره كون الرجل والمرأه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 21: 368.

....

الشَرح: مجردين لا كاسيين، حيث عبّر بالمضاجعه فى ازار واحد، وقد صرّح بهذا الاشتراط فى بعض الكلمات.

ويستدلّ عليه بأنّ نوم الرجل والمرأه ونوم الرجلين والمرأتين محكوم عليه بحكم واحد فى الاخبار، ويأتى اعتبار التحرّد فى نوم المرأتين بل الرجلين، فيكون نوم المرأه والرجل أيضاً كذلک.

وبتعبير آخر نوم الرجل مع المرأه الاجنبيه فى لحاف واحد كاسيين، وان كان محرّماً أيضاً، الاّ انّه لا يثبت فيه إلاّ التعزير، وانّما يثبت الجلد بالمائه إلاّ سوطاً إذا كان كل منهما مجرّداً.

فى صحيحه أبى عبيده، عن أبى جعفر عليه السلام : «كان على عليه السلام اذا وجد رجلين فى لحاف واحد مجردّين جلدهما حدّ الزانى مائه جلده كلّ واحد منهما، وكذلک المرأتين إذا وجدتا فى لحاف واحد مجردتين جلدهما كلّ واحده منهما مائه جلده(1).

وفى صحيحه معاويه بن عمار، قلت لابى عبداللّه عليه السلام : المرأتان تنامان فى ثوب واحد، فقال: «تضربان، فقلت: حدّاً، قال: لا، قلت: الرجلان ينامان فى ثوب واحد، قال: يضربان، قال: قلت: الحد؟ قال: لا»(2).

فانّ النوم فى ثوب واحد ظاهره كونهما عريانين، ولكن هذا مفروض فى كلام السائل، فلا يوجب التقييد فى المطلقات، بخلاف صحيحه أبى عبيده.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 15: 367.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 15: 367.

ولو اقر بما يوجب الرجم ثم انكر سقط الرجم[1]، ولو اقر بحدّ غير الرجم لم يسقط بالانكار، ولو اقر بحدّ ثم تاب كان الامام مخيراً فى اقامته رجماً كان او

الشَرح:

وفى الصحيح عن ابى خديجه كما فى الكافى: لا ينبغى لامرأتين تنامان فى لحاف واحد الاّ و بينهما حاجز، فان فعلتا نهيتا عن ذلک، فان وجدهما بعد النهى فى لحاف واحد جلدتا كلّ واحد منهما حدّاً حدّاً، وان وجدتا الثالثه فى لحاف حدّتا، فان وجدتا الرابعه قتلتا(1).

ويدّعى أنّ الحاجز يكون بكونهما كاسيين، ولكنه لا يخلو عن تأمّل بل ظاهر الحاجز مثل نوم الطفل بينهما، وما فيها من عدم الحدّ فى النوم الأوّل لعله لجهلهما بالحكم.

وعلى الجمله يمكن الالتزام بسقوط الحدّ، يعنى مائه جلده الاّ واحده فى نوم الرجلين كاسيين أو نوم المرأتين كاسيين، والاكتفاء بمطلق التعزير عملاً بالتقييد الوارد فى صحيحه أبى عبيده، بل لا حرمه ولا تعزير فى النوم كاسيين فى ايام الشتاء والضروره، خصوصاً للفقراء والمحارم، ولكن التقييد غير معتبر فى نوم الرجل والمرأه الاجنبيّين، وان كان كانا كاسيين، أخذ بالاطلاق بالاضافه اليهما ومماثله وجدانهما مع وجدان الرجلين والمرأتين فى مقدار الجلد، كما هو ظاهر الروايات لا فى سائرالجهات.

[1] بلا خلاف معروف أو منقول كما عن بعض، بل يمكن تحصيل الاجمال عليه كما فى الجواهر، ويدلّ عليه بعض الروايات، منها صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل أقرّ على نفسه بحدّ ثم جحد بعد، فقال: «اذا أقرّ على نفسه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 25: 369.

....

الشَرح: عند الامام أنّه سرق ثمّ جحد قطعت يده، وان رغم انفه، وإن أقرّ على نفسه انه شرب خمراً أو بفريه فاحلدوه ثمانين جلده»، قلت: فان أقرّ على نفسه بحدّ يجب فيه الرجم أكنت راجمه؟ فقال: «لا ولكن كنت ضاربه الحدّ»(1).

فى صحيحه الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا أقرّ الرجل على نفسه بحدّ أو فريه جحد جلد، قلت: أرأيت إن أقرّ على نفسه بحدّ يبلغ فيه الرجم أكنت ترجمه؟ قال: لا ولكن كنت ضاربه»(2).

ومنهما صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من أقرّ على نفسه بحدّ اقمته عليع الاّ الرجم، فانّه اذا أقرّ على نفسه ثم جحد لم يرجم»(3).

ومقتضى ما تقدّم سقوط الرجم بلا حاجه إلى استحلافه، ونقل عن جامع البزنطى أنّه يحلف ويسقط عنه الرجم، وانّه رواه عن الصادقين عليه السلام بعدّه اسانيد، ولكن لا يمكن رفع اليد عن الاطلاق المشار اليه، حيث لم يثبت نقل الحلف بطريق .

واحتمال عدم تأثير الرجوع عن الاقرار بعد أربع مرّات، أخذاً بما دلّ على ثبوت الزنا بأربعه إقرارت حتى زنا المحصن كماترى، فانّ هذا من قبيل التمسک بالاطلاق بعد ثبوت التقييد.

ثم انّ الروايات المتقدّمه مدلولها أنّ الانكار بعد الاقرار يوجب سقوط حدّ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 320.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 320.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 320.

....

الشَرح: الرجم ولا يعم غيره حتى فيما كان الحدّ قتلاً، ولكن قد يقال بالحاق القتل إلى الرجم للتحفظ على الدماء، وبناء الحدّ على التخفيف، وانّه المتفاهم العرفى من الرجم لكونه قتلاً.

وذكر فى الجواهر أنّ الالحاق لا يخلو عن قوّه، وأيدّه بمرسله جميل بن دراج التى فى سندها ابن أبى عمير، عن جميل بن دراج، عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليه السلام أنّه قال: «إذا أقرّ الرجل على نفسه بالقتل قتل إذا لم يكن عليه شهود، فان رجع وقال لم افعل ترک ولم يقتل»(1).

وفى مرسلته الاخرى التى رواها على بن حديد، عن جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام فى رجل أقرّ على نفسه بالزنا أربع مرات وهو محصن رجم إلى ان يموت، أو يكذّب نفسه قبل ان يرجم فيقول لم افعل: «فان قال ذلک ترک ولم يرجم»، وقال: «لا يقطع السّارق حتى يقر بالسرقه مرتين فان رجع ضمن السرقه ولم يقطع إذا لم يكن شهود»(2).

ولكن المرسله الثانيه مختصه بالرجم، وما ورد فى الرجوع عن الاقرار بالسرقه ينافى ما تقدّم من عدم سماع الانكار وعدم سقوط الحد عنه، والمرسله الأولى لا رسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها، فانّه لم يثبت فتوى المشهور التعدى إلى مطلق القتل، وعلى تقدير فيمكن أن يكون

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 320.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 5: 320.

جواز عفو الإمام عن الحد

جلدّاً[1].

الشَرح: الوحه ما ذكرنا من الوجوه التى لا تصلح لأن يرفع اليد بها عن الاطلاق فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه واطلاق ما دلّ على قتل المرتكب.

[1] نعم، بما أنّ القتل ثبت حدّاً بالاقرار فلولىّ الحد أىّ الإمام والحاكم العفو عنه كما يأتى، ومسأله عفو الإمام حكم آخر غير سقوط الحد بالانكار، على المشهور بين الاصحاب، بل لم يعلم الخلاف فى جواز العفو فى الأوّل، وخالف فى الثانى فى محكى الشرائع.

عدم سقوط الحد بالإنكار بعد الإقرار

وربما يستدل على جواز العفو فى الثانى بالاولايه، فانّه إذا جاز العفو عن العقاب الاشدّ كان الجواز فى العقاب الأخفّ اولى، ولكن لا يخفى ما فيه، وقد تقدّم سماع الانكار بعد الاقرار بموجب الرجم ويسقط به العقاب الأشدّ ولا يسمع ولا يسقط به الأخف.

والعمده فى جواز العفو معتبره طلحه بن زيد عن جعفر بن محمّد، قال: جاء رجل إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فاقرّ بالسرقه فقال: «أتقرأ شيئاً من القرآن»، قال: نعم سوره البقره، قال: «قد وهبت يدک لسوره البقره»، قال: فقال الاشعث: أتعطل حدّاً من حدود اللّه؟ فقال: «وما يدرک ما هذا اذا قامت البينه فليس للامام ان يعفو، وإذا أقرّ الرجل عن نفسه فذاک إلى الامام ان شاء عفا وان شاءقطع»(1)روى ذلک الشيخ باسناده إلى الحسين بن سعيد، عن محمّد بن يحيى عن طلحه بن زيد، وذكر فى الوسائل، ورواه الصدوق باسناده إلى قضايا أميرالمؤمنين عليه السلام ، ولكن الروايه فى الفقيه مرسله وغير منسوبه إلى قضاياه عليه السلام .

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 331.

ولو حملت ولا بعل لم تحدّ إلاّ ان تقر بالزنا اربعاً[1]

الشَرح:

وفى صحيحه ضريس الكناسى عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ولا يعفى عن الحدود التى للّه دون الامام، فامّا ما كان من حق الناس فى حدّ فلا بأس بأن يعفا عنه دون الامام»(1)، وظاهر أنّ للامام أن يعفا عن الحدود التى للّه.

ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين قيام البينه وثبوت الموجب بها أو بغيرها، كما هو الحال فى عفو غير الامام فى حق الناس، الاّ انّه يرفع اليد عن الاطلاق بالاضافه إلى صوره قيام البينه ويؤخذ به فى غيرها، سواء كان ثبوت الموجب بالاقرار أو بعلم الامام، كما اذا شاهد الارتكاب بنفسه.

ويؤيدّ ذلک المرسل المروّى فى تحف العقول عن أبى الحسن الثالث فى حديث قال: «وامّا الرجل الذى اعترف باللواط فانّه لم تقم عليه البينه وانما تطوع بالاقرار من نفسه، وإذا كان للامام الذى من اللّه أن يعاقب عن اللّه كان له أن يمن عن اللّه، أما سمعت قول اللّه «هذا عطاءنا فَامنُن أو امسک بغير حِساب»(2)»(3).

ثم ان المشهور قيدوا عفو الإمام كما فى المتن بصوره التوبه، ولكن لم يظهر وجه لهذا التقييد، خصوصاً إذا كان العفو سبباً للتوبه وارتداع المرتكب، ولا يخفى أيضاً أنّ مدلول صحيحه الكناسى نفوذ عفو غير الإمام فى حد يكون من حقوق الناس، لا عدم نفوذ عفو الإمام فيه، فلا حظ.

[1] لو حملت المرأه التى لا بعل لها أو لم يمكن حملها منه لغيبه ونحوها لم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 51: 331.
2- (2) ص: 39.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 221.

....

الشَرح: تتعلّق بها الحد، الاّ أن تعترف بزناها أربع مرات، فانّ مجرد الحمل لا يدلّ على زناها، لاحتمال جذب رحمها المنى أو وقوع الاشتباه أو الاكراه عليها.

نعم إذا اعترفت بزناها أربع مرات يجرى عليها الحد، وليس المراد من الاستثناء فى عباره الماتن وغيره أن على الحاكم السؤال عن سبب حملها، بل لو تبرعّت هى باعترافها يثبت زناها.

والمحكى عن القواعد أنّ المسموع من الاقرار أن تذكر حقيقه الفعل لتزول الشبهه، إذا ربما تعبر عما لا يوجب الحد بزنا، ولذا قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله لما عز: «لعلک قبّلت أو غمزت أو نظرت».

ولكن لا يخفى ما فيه، لاعتبار ظهور كلام غيره، والمحكى عن النبى صلى الله عليه و آله لا يدلّ على عدم الاكتفاء بدون الاستفسار، كما وقع من على عليه السلام فيما تقدّم فى بعض قضاياه.

ذكر فى الجواهر فروعاً فى المقام:

منها انّه لو اعترف الرجل بانّه زنى بامرأه وكذبته المرأه يتعلّق الحد بالرجل دون المرأه، ولو صرّح بانّها طارعته بالزنا، فان قوله أنّها طاوعته اعتراف على الغير فلا يسمع، وظاهر كلامه قدس سره عدم تعلّق حدّ القذف بالرجل، ولا يبعد أن يكون قوله قذفاً لها، فانّه فرق بين قوله طاوعتنى، وقوله طاوعتنى على الزنا.

منها: أنّه اعترف المجنون بعد إفاقته أنّه زنى حال إفاقته تعلق به الحد، لعموم نفوذ إقرار العاقل، وأمّا لو لم يقيد زناه بحال إفاقته بل أطلق لم يتعلّق به الحد، لما تقدم من أنّ زنا المجنون لا يوجب الحد، واعترافه بالزنا يحتمله، فلا يكون اعترافه

وأمّا البينه، فلا يكفى أقل من أربعه رجال أو ثلاثه وامرأتين، ولا يقبل شهاده النساء منفردات ولا شهاده رجل وست نساء، ويقبل شهاده رجلين واربع نساء، ويثبت به الجلد لا الرجم[1]،

الشَرح:

إقراراً بموجب الحد.

منها: انّه لو اعترف عاقل بوط ء امرأه وادعى أنّها زوجته وانكرت المرأه الزوجيه والوط ء لم يتعلق الحدّ، لا بالرجل ولا المرأه، لعدم اعتراف واحد منهما بزناه، نعم لو اعترفت بالوط ء وانّه زنى بها مطاوعه لا حدّ عليه لعدم اعترافه بالزنا، وامّا المرأه فيتعلّق بها اذا كرّرت أربع مرات.

أقول: قد ذكرنا أنّ قولهاإنّه زنى بها مطاوعه قذف للرجل فيتعلّق بها حدّ القذف أيضاً، وامّا ثبوت المهر وعدمه فقد تقدم الكلام فلا تعيد.

[1] ثبوت الزنا محصناً كان أم غيره بشهاده أربعه رجال متسالم عليه عند الكلّ، حيث يشهد لذلک قوله سبحانه: «الذينَ يرْمُونَ المحصناتِ وَلَمْ يأتوا بِاَربعَةَ شُهَداءَ فَاجلِدوُهُمْ ثَمانينَ جَلدَةً» الآيه(1)، الكلام فى جهتين:

الأولى: انّ المشهور ثبوت الزنا حتّى الموجب للرجم بشهاده ثلاثه رجال وشهاده امرأتين، وحكى الخلاف فى ثبوت موجب الرجم بذلک عن العمانى والمفيد والديلمى، ويدل على ما عليه المشهور عده روايات:

منها صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألت عن شهاده النساء فى الرجم، فقال: «اذا كان ثلاثه رجال وامرأتان وإذا كان رجلان وأربع نسوه لم تجز

1- (1) النور:4.

....

الشَرح: فى الرجم»(1).

وصحيحه عبداللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «لا يجوز شهاده النساء فى رؤيه الهلال ولا يجوز فى الرجم شهاده رجلين وأربع نسوه ويجوز فى ذلک ثلاثه رجال وامرأتان»(2).

وصحيحه أبى الصباح الكنانى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال على عليه السلام : «شهاده النساء فى النكاح ولا تجوز فى الطلاق، وقال: اذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان جاز فى الرجم، واذا كان رجلان وأربع نسوه لم تجز الحديث»(3).

وممّا ذكر يظهر أنّه لا يصح منع ثبوت الرجم بشهاده ثلاثه رجال وشهاده امرأتين، تمسكاً بالاصل ولا بالاطلاق فى الآيه المباركه المقتضيه لاعتبار شهاده أربعه رجال دون غيرها، والوجه فى الظهور أنّه لا تصل النوبه إلى أصاله عدم الاعتبار مع قيام الدليل على الاعتبار، ولا يصح التمسک بالاطلاق مع ثبوت المقيد له.

نعم، العمده صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل»(4)، وقد حمل الشيخ قدس سره هذه الصحيحه على التقيه لما حكى من عدم ثبوت الرجم بذلک عن اكثر

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 3:258.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث10:259.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 25:261.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 28: 262.

....

الشَرح: العامه، وتبعه على ذلک غيره، واحتمل حملها على اختلال شروط الشهاده.

ولكن لا يخفى أنّ مدلولها موافق لاطلاق اللآيه المباركه وموافقه الكتاب المرجحّ الأوّل فى باب الترجيح، ولا أقل كونها مرجحه كمخالفه العامه، وحملها على اختلال الشروط جمع تبرعى.

ويمكن أن يقال أنّه بعد تعارض الصحيحه مع ما تقدّم وتساقطهما لعدم ثبوت المرجح لخصوص أحداهما يرجع إلى الاطلاق فى معتبره عبدالرحمن يعنى عبدالرحمن بن ابى عبداللّه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المرأه يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأه تجوز شهادتها قال: «تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس، وقال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال»(1).

فانّ مقتضاها ثبوت الزنا الموجب للرجم ايضاً بشهاده الرجال والنساء، وبما أنها أخص ممّا ورد من عدم سماع شهادتهنّ فى الحدود يؤخذ بها غايه الأمر برفع اليد عنها بالاضافه إلى ثبوت الرجم بشهاده رجلين وأبعه نسوه، لما مرّ من الروايات من أنّ الرجم لا يثبت بهذه الشهاده.

ولكنّ الظاهر أنّ ما ورد فى جواز شهاده الرجال مع النساء فى الحدود لا يمكن الأخذ به، لعدم ثبوت سائر الحدود بشهاده الرجال والنساء.

وعلى الجمله فان حصل وثوق بصدور صحيحه محمّد بن مسلم لرعايه التقيه فهو، ولاّ فالالتزام بثبوت موجب الرجم بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين مشكل جداً.

نعم يثبت الجلد فى الفرض فانّه إذا ثبت الجلد فى شهاده رجلين وأربع

1- (1) الوسائل:18، الباب 30 من أبواب الزنا، الحديث 1:401.

....

الشَرح: نساء ثبت فى شهاده ثلاثه رجال وامرأتين بالاولايه، وفى صحيحه الحلبى أو موثقته عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن رجل محصن فجر بأمرأه فشهد عليه ثلاثه رجال وامرأتان وجب عليه الرجم وإن شهد عليه رجلان وأربع نسوه فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم»(1)، ولكن يضرب حد الزانى.

ولا يبعد ان يكون المشهور ثبوت الجلد فيما اذا شهد رجلان وأربع نسوه بموجب الرجم، خلافاًلجماعه منهم الصدوقين والقاضى والحلبى والعلامه فى المختلف، حيث ذكروا أنّه لا يثبت بشهاده رجلين وأربع نسوه لا الرجم ولا الجلد، لصحيحه محمّد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام «وتجوز شهادتهن فى حدّ الزنا إذا كان ثلاثه رجال وامرأتان ولا تجوز شهاده رجلين وأربع نسوه فى الزنا والرجم الحديث»(2).

فان مقتضى عطف الرجم على الزنا عدم ثبوت شىء منهما بشهاده رجلين وأربع نسوه.

أضف إلى ذلک ما ذكره العلامه قدس سره من أنّه لو ثبتت بالشهاده المزبوره الزنا فاللازم الرجم والاّ فلا موجب للجلد أيضاً، وبتعبير آخر كون المشهود عليه محصناً محرز بالوجدان فان احرز بالشهاده المفروضه زناه فالحد هو الرجم وإلاّ فلا موجب لاجراء حد الزنا غيرالمحصن.

وفيه أنّه نوع اجتهاد فى مقابل النصّ الدالّ على تخفيف حدّ المحصن

1- (1) الوسائل:18، الباب 24 من أبواب الشهادات الحديث21:260.
2- (2) الوسائل:18، الباب 24 من أبواب الشهادات ،الحديث 7:259.

....

الشَرح: بالشهاده المخصوصه، وأمّا صحيحه محمّد بن الفضيل، فالجمع بينهما وبين ما تقدّم هو تقييد الزناالمنفى ثبوته بشهاده رجلين وأربع نسوه إلى الزنا الموجب للرجم.

بقى فى المقام أمر ذكروه فى كتاب اللعان، وهو أنّه إذا كان أحد الأربعه من الشهود زوج المرأه فهل يثبت زناها أو إنّ شهاده الزوج لاعتبار بها فان دخل بها الزوج يحد الشهود وتلا عن الزوج، وقد ذكر الماتن قدس سره عنوان المسأله فى كتاب اللعان وفى المسأله الرابعه من لواحق حدّ الزنا، وقال: انّ فى شهاده الزوج روايتين الخ .

أقول: هذه اشاره إلى روايه ابراهيم بن نعيم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن أربعه شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: «تجوز شهادتهم»(1)، والروايه فى سندها عباد بن كثير، فلا يمكن الاعتماد عليها، ولكن يقال: إنّ السماع مقتضى إطلاق الكتاب المجيد، قال اللّه سبحانه: «وَالَّذينَ يَرمُونَ أزْواجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهداءَ إلاّ أنْفُسَهُمْ»، فانّ فيها دلاله، ولا أقل من الاشاره إلى عدّ الزوج شاهداً، ولو كان معه ثلاثه عدول يصدق انّ لهم شهداء، ولقوله سبحانه: «وَاللّاتى يَأْتينَ الْفاحِشَةَ مِنْ نِسائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ اَرْبَعَةً مِنْكُمْ» الآيه(2) بناءً على انّ الخطاب للحكام لا للازواج.

وبتعبير آخر، الزنا كغيره من حقوق اللّه يحتاج فى الثبوت إلى الشهاده حسبه،

1- (1) الوسائل:18، الباب12 من أبواب اللعان ،الحديث 1:606.
2- (2) النساء: 15.

....

الشَرح: وليس فيه مدع ليحتاج إلى إثبات دعواه بشهاده الغير، ومقتضى اطلاق ما ورد فى ثبوت الزنا بشهاده الأربع عمومه لماإذا كان أحدهم زوجها.

والروايه الاخرى ظاهرها انّه يحدّ الشهود الثلاثه ويلاعن الزوج، وهى روايه زراره عن أحدهما عليه السلام فى أربعه شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: «يلاعن ويجلد الآخرون»(1).

وهده الروايه فى سندها إسماعيل بن خراش، وهو مجهول، ومع فرض المعارضه فالترجيح للروايه الأولى لمطابقتها للكتاب المجيد على ما قبل.

وفى البين روايه ثالثه وهى صحيحه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام فى أربعه شهدوا على امرأه بفجور أحدهم زوجها، قال: «يجلدون الثلاثه ويلاعنها زوجها ويفرّق بينهما ولا تحلّ له ابداً»(2)، وهذه لا تعم صوره عدم دخول الزوج، فانّ الملاعنه تتوقف على الدخول بالمرأه ولكن لا يحتمل دخل الدخول بالمرأه فى عدم اعتبار قول الزوج.

ويمكن استفاده عدم السماع من الآيه المباركه، حيث انّ الآيه الثانيه بقرينه ما فى ذيلها: «فَامِسكُوهُنَّ فى الْبُيُوتِ»(3)، خطاب للازواج لا الحاكم، وظاهر الآيه الأولى أنّه إذا لم يكن للزوج شهداء يثبت زناها، والشهداء فى الزنا أربعه رجال، خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «وَالَّذينَ يِرمُونَ المُحصناتِ ثُمَّ لَمْ يأتواُ بأرْبَعَهَ شُهداءِ» حيث انّ الاتيان بالاربع لا يشمل نفس الزوج.

1- (1) الوسائل:18، الباب 12 من أبواب اللعان ،الحديث 2:606.
2- (2) الوسائل:18، الباب 15 من أبواب اللعان،الحديث 3:606.
3- (3) النساء:15.

ولو شهد ما دون الاربع لم يجب وحدّ كل واحد منهم للفريه[1].

ولا بدّ فى شهادتهم من ذكر المشاهده للولوج كالميل فى المكحله[2] من

الشَرح:

اللهم الاّ أن يقال: هذا فى سبق دعوى الزوج،ولكن هذا المقدار مع ملاحظه صحيحه مسمع الشامله لشهاده الزوج مع غيره من الشهود كاف فى الحكم بعدم قبول شهاده الزوج لزنا المرأه مطلقاً ولو مع عدم سبق الرمى.

[1] إذا لم يتم الشهود بالزنا على ماتقدم لم يتعلق على المشهود عليه حد رجماً كان أو بل يتعلق بالشاهد حد القذف على ما يأتى.

بل يأتى انّه لو شهد بعضهم قبل حضور الباقين أو الباقى يتعلق به حد القذف، ومن عدم تمام الشهود شهاده النساء منفردات أو شهاده رجل، وست نساء أو غير ذلک ممّا لم يتمّ الدليل على اعتبار شهادتهم.

[2] قد تقدّم فى كتاب الشهاده انّ المعتبر فيها حسّ الشاهد الواقعه التى يشهد بها، ولا يكفى فى الشهاده بها مجرّد الاعتقادبها، حتى لو كان الاعتقاد جزمياً خلافاً لظاهر جماعه، حيث انّ مقتضى كلماتهم الاكتفاء فى الشهاده بمجرّد العلم بالواقعه والحسّ أحد الاسباب الموجبه لليقين بها.

ولكن الظاهر أنّ الكلّ متفقّون فى الشهاده بالزنا باعتبار المعاينه، ولا يكفى مجرد العلم والاعتقاد، ويستدلّ على ذلک بروايات:

منها: صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «حد الرجم أن يشهد أربع أنّهم رأوه يدخل ويخرج»(1).

وصحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : «لا

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا،الحديث 1: 370.

غير عقد ملک ولا شبهه، ويكفى أن يقولوا: لا نعلم بينهما سبب التحليل، ولو لم يشهدوا بالمعاينه لم يحدّ المشهود عليه وحدّ الشهود.

الشَرح:

يرجم رجل ولا أمرأه حتى يشهد عليه أربعه شهود على الايلاج والاخراج»(1)، إلى غير ذلک.

وقد ذكرنا أنّ المراد بحسّ الواقعه المشهود بها ليس خصوص حسّها بنفسها، بل يكفى حسّ الامور الملازمه لها، بحيث يعدّ حسّ الامور حسّها، ولكن ظاهر كثير من الأصحاب بل المصرّح به فى كلمات أكثرهم أنّه يعتبر فى الشهاده بالزنا رؤيه نفس الادخال والاخراج فى فرج المرأه، ويعتبر أيضاً فى سماع الشهاده ذكر الشاهد، وتصريحه أنّه رأى الادخال والاخراج كذلک.

ويستدلّ على اعتبار الأمرين بصحيحه حزير عن أبى عبداللّه عليه السلام : «القاذف يجلد ثمانين جلده إلى ان قال : ولا تقبل شهادتهم حتّى يقول أربعه رأينا مثل الميل فى المكحله»(2)، وظاهرها اعتبار الأمرين وبصحيحه الحلبى المتقدمه.

ولكن لا يخفى أنّ الشهاده بأنّهم رأوا الزانى يدخل ويخرج غير نفس رؤيه الادخال والاخراج، كما هو ظاهر صحيحه حزير، كما أنّ الشهاده بالايلاج والاخراج لا تقتضيى رؤيه الايلاج والاخراج بنفسها، بل يكفى فى الشهاده بذلک رؤيه الشخص بحاله وحسّ أثر لا يحتمل غير الادخال والاخراج فى الفرج، وبمعنى أنّ رؤيه تلک الحال والاثر بعد رؤيه الادخال والاخراج، والمراد بهذه الاخبار أنّ الاعتقاد بهما بغير ذلک لا يعتبر فى الشهاده، والاّ لأنسد باب الشهاده على الزنا ولا تتحقق الاّ فى مورد نادر جدّاً.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا،الحديث 2: 370.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد القذف ،الحديث 5: 433.

....

الشَرح: ولعلّ هذا هو المراد من صحيحه زراره أو موثقته عن أبى جعفر، قال: «إذا قال الشاهد أنّه جلس منها مجلس الرجل من امرأته اقيم عليه الحد»(1)، وحملها على انّ المراد بالحدّ التعزير أو حدّ الشاهد كماترى، فانّ الأوّل خلاف ظاهر الحد ويستحق الجالس التعزير قبل جلوسه، وحدّ الشاهد لا معنى له اذا لم يكن رميه بالزنا.

وعلى الجمله لا يعتبر فى الشهاده بالزنا ذكر الايلاج والاخراج، فانّ ذكر الزنا مفاده إدخال ذكره فى فرجها، ويعتبر فى الشهاده حسّ الواقعه المشهود بها نظير حسّ سائر الوقائع المشهود بها، والاّ فاللازم عدم الاكتفاء بذكر الايلاج فقط، وأنّه رأى الايلاج دون الاخراج، أضف إلى ذلک أنّ الروايات التى استظهر منها إاعتبارالأمرين فى الشهاده بالزنا ناظره إلى حدّ الرجم دون الجلد.

ثم ان ظاهر الماتن قدس سره الاكتفاء بقول الشاهد أن يقول: رأيته أنّه يولج ذكره فى فرجها ولا نعلم بينهما سبباً للتحليل، ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ الحاكم إذا رأى بنفسه أنّه يدخل ذكره فى فرجها واحتمل الزوجيه أو الشبهه بينهما لم يقم عليه الحدّ إلاّ أن يعترفا بعدم الزوجيه وغيرها، فكيف ما إذا أخبر به أربعه رجال.

وعلى الجمله إذا شهدوا بأنّهم رأوهما كما ذكر ولم نعلم سبب الحلّ لا يكون المشهود به هو الزنا، بل لابُدّ من شهادتهم من غير عقد وملک وشبهه، ولو رموهما وقالوا: شهدنا الايلاج والاخراج ولم نعلم سبب التحليل، يتعلق بهم حد القذف لا التعزير.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا،الحديث 10: 373.

ولا بدّ من تواردهم على الفعل الواحد والزمان الواحد والمكان الواحد، فلو شهد بعض بالمعاينه وبعض لا بها، أو شهد بعض بالزنافى زاويه من بيت وبعض فى زاويه اخرى، أو شهد بعض فى يوم الجمعه وبعض يوم السبت، فلا حدّ، ويحدّ الشهود للقذف[1].

الشَرح:

وما فى الجواهر من أنّهم يعزّرون مع عدم نسبتهم ايّاه إلى الزنا،فيه ما لا يخفى.

[1] الخصوصيات التى لا دخل لها فى موجب الحد، ككون الزنا فى الليل أو النهار أو كونه يوم الجمعه أو يوم السبت، وكونه فى مكان كذا ومكان آخر أو كون المرأه المزنى بها فلانه أو غيرها، وإن لم يلزم ذكرها فى الشهاده الاّ أنّها إذا ذكرت فى كلام بعضهم وذكر خلافها فى كلام البعض الآخر لم يثبت الزنا، بل يحدّ الشهود لقذفهم المشهود عليه.

وكذا الاختلاف فيما له دخل فى ثبوت موجب الحدّ، كما إذا قال: بعض الشهود رأينا ايلاجه واخراجه، قال البعض الآخر: رأينه كان راكب المرأه كركوب الرجل زوجته.

بل ذكر جماعه أنّه إذا ذكر بعض الشهود بعض الخصوصيات التى لا دخل لها فى تعلق الحدّ ولم يذكر تلك الخصوصيه فى شهاده البعض الآخر لم يثبت الزنا بل يحدّ الشهود.

ولعلّ هذا الاعتبار يختصّ بالشهاده بالزنا وأمّا فى سائر الموارد فلا يعتبر ذلک، ولو قال أحد الشاهدين رأيت زيداً باع داره عمرواً بألف ليله الجمعه وقال الآخر رأيته باع داره عمرواً بألف، من غير تعرّض لزمان البيع ثبت البيع لعمرو، ولهذا ناقش بعض الاصحاب كالشهيد الثانى وغيره بأنّ الاعتبار فى الشهاده بالزنا

....

الشَرح: غير وارد فى الروايات ولا فى كلام المتقدمين من الاصحاب.

وذكر فى الرياض انّ ذلک حسن لو لا موثقه عمار الساباطى، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل يشهد عليه ثلاثه رجال أنّه قد زنى بفلانه ويشهد الرابع أنّه لا يدرى بمن زنى قال: «لا يحدّ ولا يرجم»(1)، فانّ هذه الموثقه، وإن كانت وارده فى ذكر المزنى بها فى شهاده بعضهم وعدم ذكرها فى شهاده البعض الآخر الاّ أنّه لا قائل بالفرق بين ذكر هذه الخصوصيه فى شهاده بعضهم وإهمالها وبين سائر الخصوصيات وإهمالها.

أقول: الاختلاف فى الخصوصيات على نحوين، فتاره لا يخرج الواقعه المشهود بها عن واقعه خارجيه واحده، بمعنى أنّ الكل يخبرون عن تلک الواقعه الخارجيه، بحيث يكون المحكى بشهاده بعضهم بعينه هو المحكى بشهاده الآخرين، كما إذا قال بعضهم رأينا كلّنا أنّ زيداً يزنى بزوجه عمرو، وقال البعض الآخر أيضاً كذلک ولكن اختلفا، وقال بعضهم كان الزمان ليله الجمعه وقال الآخر كانت ليله السبت، ففى مثل ذلک لا يضر الاختلاف فضلاً عما ذكرت خصوصيه الزمان فى كلام بعضهم ولم تذكر فى كلام بعض آخر، وإمّا إذا كان الاختلاف أو ذكر الخصوصيه وإهمالها بوجه يحتمل معهما تعدّد الواقعه المشهود بها، فلا يحرز الواقعه بتلک الشهاده، حيث لم يحرز إخبار أربعه رجال عن واقعه واحده.

نعم، لا يبعد دعوى الاطلاق فى عمار المتقدمه، ولا بأس بالالتزام باطلاقها،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا، الحديث 6:372.

ولو شهد بعض أنّه أكرهها وبعض بالمطاوعه، ففى ثبوت الحدّ على الزنا وجهان[1]، أحدهما يثبت، للاتفاق على الزنا الموجب للحدّ على كلا التقديرين، والآخر لا يثبت، لأنّ الزنا بقيد الاكراه غيره بقيد المطاوعه، فكأنّه شهاده على فعلين.

الشَرح:

ولكن لا يمكن التعدى من المفروض فيها إلى سائر الخصوصيات لاحتمال الفرق، فانّ تعيين المزنى بها فى كلام بعض الشهود لو لم يكن رمياً لها بالزنا فلا أقلّ من كونه هتكاً لها، فيسقط اعتبار الشهود، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] اذا اختلف الشهود فى كون المزنى بها مكرهاً عليها، بأن شهد بعض أنّه زنى بامرأه مكرهاً عليها، وقال البعض الآخر أنّه زنى بها مطاوعه منها، ففى ثبوت زنا الرجل وجهان، بل قولان، فانّ المحكى عن الشيخ قدس سره وابيى الجنيد وادريس ثبوته، لاتفاق الشهود على زنا الرجل الموجب للحدّ، وعن العلامه فى بعض كتبه والشهيدين أنّ زناه لا يثبت لأنّ الزنا بنحو الاكراه على المرأه يختلف عن الزنا بمطاوعتها ولذا يختلف الحد فى الزنائين، وكانهما فعلان لم يتم بشىء منهما شهاده أربعه رجال.

وذكر فى الجواهر ما حاصله: أنّه اذا امكن مع الاختلاف فى الخصوصيه صدق جميع الشهود أنّه زنى وكان لابساً ثوب أبيض، وقال البعض الآخر أنّه زنى وكان لابساً ثوب أسود فانه يثبت الزنا، حيث يمكن أن يكون حال الفجور لابساً كلاً من الابيض والسود، وأمّا إذا لم يكن إجتماع الخصوصيتّين، كما إذا قال بعض انّه زنى فى الليل وقال الآخر زنى بالنهار، فلكون المشهود به فعلين لم يتم بشىء منهما الشهود الاربع.

ولامر فى اكراه المرأه المزنى بها أو الزنابها بمطاوعتها أمر ممكن ،حيث

....

الشَرح: يمكن أن تكون الشهاده على الزنا بمطاوعتها لكون الاكراه صورياً.

أقول: قد ذكرنا أنّ الملاک فى ثبوت الزنا وغيره من موجب الحد كون الواقعه الشخصيه مخبراً بها فى كلام جميع الشهود، فان كان فى البين قرينه على أنّ الواقعه الشخصيه التى يحكيها البعض هى التى يحكيها الآخرون، فلا عبره باختلافهم فى الخصوصيات التى لا دخل لها فى ثبوت موجب الحد، وأمّا إذا لم يكن فى البين قرينه على ذلک فلا يثبت موجب الحد مع اختلاف الشهود لاحتمال كون المحكى غير الواقعه الواحده، سواء أمكن اجتماع الخصوصيات فى واقعه واحده أم لا.

وبما أنّ المفروض فى المقام اتفاق الكل على حكايه واقعه شخصيّه واختلفوا فى خصوصياتها، وهو كون المرأه المزنى بها مكرمه أم لا، فلا قدح فى الشهاده من جهه الواقعه الواحده.

نعم ربمّا يقال: هذا فيما إذا لم تعين المرأه فى كلام بعضهم والاّ فلا تقبل شهادتهم، لانه مع ذكر البعض كون المرؤه الفلانيه المزنى بها مطاوعه يكون ذلک قذفاً لها، وحيث إنّ زناها لم يثبت يكون شهود المطاوعه محكوماً عليهم بالفسق فلا يعتبر الشهاده فى زنا الرجل أيضاً فيتعلّق بالشهود حد القذف، وإن اختلف شهود المطاوعه مع شهود الاكراه بتعلّق حدين للقذف بشهود المطاوعه وتعلق حد واحد للقذف بشهود الاكراه.

ولكن لا يخفى انّه تقدم سابقاً أنّ قول الشاهد أو غيره زيد زنى بالمرأه الفلانيه لا يكون قذفاً للمرأه، حيث يحتمل أن ينفى الزنا عنها بأنّها كانت مشتبهه أو لعلها كانت مشتبهه حتى فى صوره عدم الاكراه عليها، وعليه فلا يكون تعيين

ولو أقام الشهاده بعض فى وقت حدّوا للقذف، ولم يرتقب اتمام البينه لأنّه لا تأخير فى حدّ[1].

الشَرح:

المرأه قذفاً لها، نعم إذا ذكر بعضهم أنّها أيضاً زانيه مطاوعه وقال الآخرون إنّها مكرهه عليه كان الأمر كما ذكر.

[1] ينبغى التكلم فى مقامين:

الاوّل: اذا ثبت موجب الحد وتعلّق بفاعل يجرى عليه الحد بلاتأخير عرفاً ولا يجوز تأخير إجراء عليه، ويلزم على ذلک إذا كان ثبوت موجب الحد بشهاده الشهود ولم يتم شهادتهم فى وقت واحد عرفاً، بأن تمت شهاده بعضهم وأخر البعض الآخر الشهاده إلى وقت آخر، يتعلق بالبعض الذى شهد الحد الثابت، فى فرض عدم تمام الشهاده المعتبره كثبوت الزنا بشهاده الاربع، فانه مع عدم تمام شهادتهم يتعلق بالبعض الذى شهد حد القذف.

ويشهد لذلک معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام فى ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام : «أين الرابع»، قالوا: الآن يجىء، فقال على عليه السلام : «حدّوهم فانّه ليس فى الحدود نظر ساعه»(1)، وروى الحديث المشايخ الثلاثه.

وروى فى الوسائل عن الصدوق قدس سره باسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ، قال: «إذا كان فى الحد لعل أو عسى فالحد معطل»(2)، ولكن الروايه فى الفقيه مرسله أرسلها عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فراجع.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:327.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب مقدمات الحدود ، الحديث 2:336.

جواز تقادم الزنا فی الشهاده

ولا یقدح تقادم الزنّا فی الشهاده[1]، وفی بعض الاخبار: ان زاد عن سته

الشَرح:

والحاصل، تأخیر الحد بعد ثبوت موجبه بالامهال والانتظار غیر جایز نصاً وفتوی.

والمقام الثانی: یجوز فی تمام الشهاده بوجب الحد فی غیر القذف إقامه الشهاده به من بعض الشهود وإقامتها من بعض آخر فی وقت آخر، کما إذا شهد عدل بالسرقه فی یوم وشهد عدل آخر بتلک السرقه فی یوم آخر، ولا یحتسب ذلک من الامهال والتأخیر فی اقامه الحد، حیث شهاده الواحد لا تثبت السرقه أو غیرها لیتعلّق الحد بالفاعل بل ثبوتها بکلتا الشهادتین، ومقتضی ثبوت الموجب بالبینه عدم الفرق بین أداء شهادتهم فی وقت أو وقتین.

واما الشهاده بالزنا ونحوه مما یعد شهاده کل واحد مستقلاً قذفاً فلا یعتبر فیها حضور الشهود جمیعاً قبل اقامه شهاده البعض، وإن یظهر اعتبار ذلک من بعض الکلمات بل اللازم کون شهادتهم فی وقت واحد، بحیث لا یکون فی البین إنتظار بعد إقامه الحاضر شهادته، ولا یستفاد من معتبره السکونی المتقدمه أزید من هذا المقدار.

[1] المراد أنّه تسمع الشهاده بالزنا وإن مضی زمان کثیر علی وقوعه، بأن شهدوا أنّه زنی قبل سنتین، فانّه بالبینه المزبوره تثبت موجب الحد بمقتضی إطلاق إعتبارها، وکما یثبت القذف الموجب للحد بقوله انّ فلاناً زنی قبل سنتین، کذلک یثبت الزنا إذا تم علیه شهود أربع، کما هو مقتضی الآیه المبارکه وما ورد فی الشهاده بالزنا من الاطلاق.

وذکر الماتن قدس سره وفی بعض الاخبار: ان زاد علی سته اشهر لم تسمع وهو مطرح، ولکن لم یظهر لی ماالمراد من بعض الاخبار، ولو کان فی البین ما یکون تامّاً سنداً ودلاله فطرحه مشکل، لکون المطلقات المشار الیها قابله للتقیید، کسائر

أشهر لم يسمع، وهو مطرح، وتقبل شهاده الاربع على الاثنين فما زاد[1]، ومن الاحتياط تفريق الشهود فى الاقامه بعد الاجتماع[2]، وليس بلازم.

الشَرح:

موارد الجمع بين الاطلاق والتقييد.

نعم يستظهر من بعض الاخبار أنّه إذا تاب فى المده المزبوره بل الاقلّ لم يقم عليه الحد، وهذا أمر آخر سيأتى الكلام فيه عند تعرضه قدس سره له.

[1] والوجه فى ذلک أنّ كل زنا يثبت بشهاده الاربع، سواء كان الأربع هم الّذين شهدوا بالزنا الآخر أم لا، وعلى الجمله قبول شهاده الأربع على كل من الاثنين مقتضى ما ورد فى ثبوت الزنا بشهاده الاربع، بل فى موثقه أبى بصير، قال:أبو عبداللّه عليه السلام : «لا يرجم الرجل والمرأه حتى يشهد عليهما أربعه شهداء على الجماع والايلاج»(1)، وظاهرها شهاده الأربع على زنا كلّ من الرجل والمرأه، وفى خبر عبداللّه بن جذاعه قال: سألته عن اربعه نفر شهدوا على رجلين وامرأتين بالزنا، قال: «يرجمون»(2).

[2] مقتضى الاطلاق فيما ورد من ثبوت الزنا بشهاده الأربع عدم الفرق بين كون شهادتهم على الاجتماع أو على نحو التفريق، غايه الأمر الاحتياط أمر مستحسن مع كون الحدود مبنيّه على التخفيف والممانعه عن ثبوت الموجب، وعليه فالاولى للحاكم تفريقهم فى أداء الشهاده، حيث ربما يكون هذا من الممانعه عن ثبوت الزنا وهذا غير لازم، ولذا يجوز للشهود إقامه الشهاده بالزنا من غير مدح له ولا طلب من الحاكم، لأنّ الزنا من حقوق اللّه وتسمع فيها الشهاده حسبه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا، الحديث 4:372.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا، الحديث 7:372.

عدم سقوط الشهاده بتصديق المشهود عليه ولا بتكذيبه

ولا تسقط الشهاده بتصديق المشهود عليه ولا بتكذيبه [1] ومن تاب قبل قيام البينه سقط عنه الحدّ[2]، ولو تاب بعد قيامها لم يسقط، حدّاً كان أو رجماً.

الشَرح:

والحاصل إذا أقام الأربع الشهاده جميعاً يدخل شهادتهم فى اطلاق ما دلّ على ثبوت الزنا بشهاده أربعه رجال ونحوه، فيكون تفريقهم فى أداء الشهاده من الاحتياط المستحب.

نعم لو لم يكن فى البين اطلاق كان مقتضى الاصل العملى عدم ثبوته بالاداء مجتمعاً، لوران الحجه بين التعيين، أيىّ الأداء متفرقاً، وبين التخيير اى مطلق الاداء ولو كان مجتمعاً، فلا وجه لما عن صاحب الجواهر قدس سره من أنّ عدم اعتبار التفريق مقتضى الاصل العملى كما لا يخفى .

[1] إذا شهد بزنا الرجل أو المرأه أربع وأقر المشهود عليه بزناه بأقل من أربع مرات، فقد حكى عن أبى حنيفه أنّ إقرار المشهود عليه إقرار على النفس يقدّم على البينه، وحيث لاعتبار بالبينه مع الاقرار فلا يحدّ المقرّ لسقوط البينه عن الاعتبار، وبما أنّ إقراره أقلّ من أربع مرات فلا يثبت موجب الحد بالاقرار.

فيه ما لا يخفى، فانّ مقتضى ما ورد فى ثبوت الحد بشهاده الأربع عدم الفرق بين إقرار المشهود عليه بعدها أو عدم اقراره، وإنّما لا تعتبر البينه المخالفه للاقرار على النفس والبينه المفروضه فى المقام غير مخالفه لاقرار المشهود عليه على نفسه.

وممّا ذكر يظهر الحال فى تكذيبه الشهود، فانّ تكذيبه غير اجل فى الاقرار على النفس لينافى اعتبار شهادتهم.

[2] أمّا عدم سقوط الحدّ بعد قيام البينه، فهو مقتضى ما ورد فى تعلق الحدّ جلداً كان أو رجماً بشهاده الأربع ونحوها، حيث أنّ الاطلاق فيه يقتضى عدم

النظر الثانى فى الحدّ، وفيه مقامان:

الاوّل: فى اقسامه، وهى قتل أو رجم أو جلد وجزّ وتغريب.

الشَرح:

الفرق بين أن يتوب المشهود عليه بعد ذلک أم لا.

ويمكن استفاده ذلک أيضاً ممّا ورد فيمن هرب من الحفيره، وفى صحيحه الحسين بن خالد، قلت لأبى الحسن عليه السلام أخبرنى عن المحصن إذا هرب من الحفيره هل يردّ حتى يقام عليه الحدّ؟ فقال: «يردّ ولا يرد» قلت: وكيف ذلک؟ فقال: «ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيره بعد ما يصيبه شىء من الحجاره لم يرد، وان كان انّما قامت عليه البينه وهو يجحد ثم هرب ردّ وهو صاغر حتى يقام عليه الحد»آ(1).

فانّه عليه السلام لم يستفصل بين كون هربه للتوبه أم لا، ولكن هذه الاستفاده قابله للمناقشه، حيث إنّ مع جحوده لا يمكن معرفه توبته، وربمّا يستدلّ على عدم السقوط باستصحاب بقاء الحدّ عليه، ويورد عليه بأنّ الحدّ لا يكون مثل الدين على الذمه ليستصحب بل يتعلّق بالبدن، ولكن فيه ما لا يخفى، فانّه لو اعتبر الاستصحاب فلا فرق بين استصحاب الأمر الوضعى أو التكليفى، وان لم يعتبر لكون الشبهه حكميه او إنّ الاستصحاب لا يكون من مثبتات الحدود حدوثاً وبقاء، لدرء الحدود بالشبهه حتى فيما كانت حكميه، فلا مجرى له .

وربمّا يستظهر عدم السقوط من المرسله عن أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل اقيمت عليه البينه بأنّه زنى ثم هرب قبل أن يضرب، قال: «إن تاب فما عليه شىء وإن وقع فى يد الامام أقام عليه الحدّ وإن علم مكانه بعث اليه»(2)،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد الزنا، 1:376.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، 4:328.

المقام الأول: أقسام حد الزنا

....

الشَرح: بدعوى أنّ ظاهرها عدم الشىء على التائب فى ما بينه وبين اللّه، ولكن على الإمام ان يقيم الحدّ، نظير ما ذكر فى التوبه المرتد الفطرى، ولكن هذه لضعفها سنداً تصلح للتأييد.

وما يقال من أنّ التوبه للعقوبه الأخرويه التيأشدّ، فكونها مسقطه للعقاب الدنيوى اولى لكونه أخفّ، كماترى.

وعلى الجمله كما أنّ المرتد الفطرى إذا تاب واصلح لا يسقط عنه الحدّ، ولكن توبته موجبه لسقوط العقاب الاخروى، كذلک سائر الحدود بعد قيام البينه، بل تقدم سابقاً أنّه لا مورد لعفو الإمام بعد ثبوت الحدّ بالبينه.

وامّا كون التوبه مسقطه للحدّ قبل قيامها، فقد ثبت ذلک فى حدّى السرقه والمحارب، وأمّا فى غيرهما ومنه الزنا فعليه المشهور.

وربمّا يستدلّ على ذلک بمرسله جميل عن رجل، عن أحدهما عليه السلام فى رجل سرق أو شرب الخمر أو زنى فلم يعلم ذلک منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلح، فقال: «إذا صلح وعرف منه خير لم يقم عليه الحدّ»، قال ابن أبى عمير: قلت: فان كان أمراً قريباً لم يقم، قال: «لو كان خمسه أشهر أو اقل وقد ظهر منه أمر جميل لم تقم عليه الحدود»، روى ذلک بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام (1) بدعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور.

ولكن من المحتمل أنّ استناد بعضهم لو لاحلّهم إلى ما ورد فى الترغيب فى ستر الانسان ما ارتكبه من موجب الحدّ والتوبه إلى اللّه سبحانه، وأنّه خير من

1- (1) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث، 3:328.

وأمّا القتل: فيجب على من زنى بذات محرم، كالامّ والبنت وشبههما[1]،

الشَرح:

تعريض نفسه لاقامه الحد، وفى صحيحه أبى العباس أو موثقته قال: قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «أتى النبى صلى الله عليه و آله رجلٍ فقال: انى زنيت إلى ان قال : فقال رسول اللّه: لو استتر ثم تاب كان خيراً منه»(1).

ولكن حيث انّ هذه لا تدلّ على سقوط الحد، بحيث لو ثبت بعد ذلک الارتكاب لا يجرى عليه الحد، فلا يمكن لنا رفع اليد عن الاطلاق المشاراليه المقتضى لتعلّق الحد على المرتكب، حتى ما إذا تاب قبل قيام البينه.

نعم فى البين أمران:

احدهما: أنّه إذا تاب الانسان عمّا ارتكبه من موجب الحدّ أو التعريز فلا يكون عليه وزر، لا فى ارتكابه ولا فى عدم إجراء الحد عليه لعدم ثبوته، وهذا يستفاد من صحيحه أبى العباس أو موثقته، فانّ ظاهرها الترغيب فى ستر الانسان عمله، وانّ توبته إلى اللّه مع الارتكاب خير من حضوره إلى الحاكم واثبات ارتكابه باقراره.

والأمر الثانى: انّ الحدود التى من حقوق اللّه سبحانه إذا ثبتت باعتراف المنكر فللامام العفو عنها دون ما إذا ثبتت بالبينه، حيث يتعيّن على الإمام اجرائها، وأمّا الحدّ الّذى من حقوق الناس فالعفو عنها بيد صاحب الحق قبل رفعه إلى الإمام أو مطلقاً، وهذان الامران لا يرتبطان بسقوط الحدّ بالتوبه فى غير السرقه والمحارب، فانّ السقوط فيهما ثابت كما يأتى.

[1] حدّ الزنا هو القتل والرجم والحلد والجز والتغريب، على ما يأتى التفصيل.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب مقدمات الحدود ،الحديث 3:376.

الأول: القتل

ثبوت القتل على الزنا بالمحارم نسباً

....

الشَرح: امّا القتل، فقد ذكر الاصحاب أنّه إذا زنى بذات محرم كالام والاخت والعمّه والخاله والبنت يقتل، سواء كان محصناً أو غيره حرّاً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً شاباً أو شيخاً، من غير فرق فى الحكم بين الزانى والمرأه المزنى بها إذا طاوعته، ولا يبعد أن يكون هذا الحكم فى الزنا بذات محرم نسباً المتسالم عليه بينهم قديماً وحديثاً.

ويستدلّ على ذلک بصحيحه أبى أيوّب قال: سمعت بكير بن أعين يروى عن احدهما عليه السلام : «من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربه بالسيف أخذت منه ما أخذت، وإن كانت تابعته ضربت ضربه بالسيف أخذت منها ماأخذت، قيل له: فمن يضربها وليس لهما خصم؟ قال: ذاک إلى الإمام إذا رافعاً إليه »(1)، رواها المشايخ الثلاثه.

وربما يناقش بعدم ظهورها فى خصوص القتل، خصوصاً بملاحظه مرسله محمّد بن عبداللّه بن مهران، عمّن ذكره، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن رجل وقع على أخته، قال: «يضرب ضربه بالسيف»، قلت: فانّه يخلص، قال: «يحبس ابداً حتى يموت»(2)، روايه عامر بن السمط، عن على بن الحسين عليه السلام فى الرجل يقع على اخته، قال: «يضرب ضربه بالسيف بلغت منه ما بلغت، فان عاش خلد فى السجن حتى يموت»(3).

وفيه إنّ المراد من قوله عليه السلام أخذت منه ما أخذت نفوذ السيف فى الموضع

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 385.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 385.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 4: 387.

....

الشَرح: الّذى هو العنق والرقبه، كما فى صحيحه جميل عن، أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «تضرب عنقه أو قال رقبته»(1)، وكذا فيما رواه الكلينى بسنده عنه، قال: قلت لإبى عبداللّه عليه السلام أين يضرب الّذى يأتى ذات محرم بالسيف أين هذه الضربه، قال: «تضرب عنقه أو قال : تضرب رقبته»(2).

وعبرنا بالصحيح لأنّ الصدوق قدس سره إلى جميل بن دراج ومحمّد بن حمران صحيح، على ما فى مشيخه الفقيه، ويستطهر أنّ طريقه لا يختص بالكتاب المسترک بين دراج ومحمّد بن حمران، بل لا يبعد أن يكون طريق الكلينى أيضاً معتبراً لأنّ الحكم بن مسكين من المعاريف فى الحديث ولم يرد فيه قدح.

وعلى الجمله ظاهر ضرب رقبه الشخص أو عنقه بالسيف قتله، ويؤيّد ذلک روايه سليمان بن هلال، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يفعل بالرجل، فقال: «ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب أقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربه أخذت منه ما أخذت، فقلت له: هو القتل، قال هو ذاک»(3) ولذا عبّر الاصحاب عن هذا الحدّ بالقتل.

وامّا الروايتان فضعيفتان حيث إنّ الأولى مرسله ومحمّد بن عبداللّه بن مهران، ضعيف، والثانيه رواها فى الوسائل عن الفقيه عن صفوان بن مهران عن عامر بن السمط، ولم يثبت وثاقه عامر، مع انّ المذكور فى النسخه المطبوعه عمرو بن المسمط، وهو غير مذكور فى الرجال، وأخرجها فى الفقيه، فى باب

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 10: 389.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 3: 385.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 416.

....

الشَرح: الحبس يتوجّه إلى الحكام، فالمتعيّن الأخذ بظاهر صحيحه جميل من هذه الجهه، يعنى تعيّن ضربه بالسيف فى عنقه، يعنى قتله بذلک.

نعم، فى البين موثقه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا زنى الرجل بذات محرم حدّ الزانى الاّ انّه اعظم ذنباً»(1).

وقد حمل الشيخ قدس سره هذه على تخييرالإمام فى المحصن بين أن يرجمه أو يضربه بالسيف، لأنّ الرجم أيضاً قتل.

ولكن لا يخفى أنّ غير المحصن يجلد والمحصن يرجم وأنّ الزنا بذات المحرم لا يختلف فى الحدّ عن الزنا بغيزها بل اختلافهما فى الذنب، حيث إنّ الاثم فى الزنا بذات المحرم أعظم، فالروايه بظاهرها معرض عنها عند الاصحاب، وببالى أنّ القول بالتسويه محكى عن العامه ولعلّها قرينه على كونها لرعايتها.

ثمّ إنّ المحكى عن ابن ادريس جلد الزانى بذات المحرم أوّلاً ثم قتله إذا كان غير محصن، وإذا كان محصناً جلد ثم يرجم.

ولكن لا يعرف لهذا القول وحه، فانّ ظاهر ما تقدّم تعيين حدّ الزنا بذات المحرم فى قتله بضرب عنقه بالسيف، وما ورد فى جلد الزانى إذا كان غير محصن ورجمه إذا كان محصناً يرفع اليد عن اطلاقهما بما تقدّم من الروايات الوارده فى خصوص الزانى بذات المحرم، حتى لو بنى أنّ النسبه بين ما ورد فى كل من الزانى غير المحصن والزانى المحصن وبين روايات المقام العموم من وجه لاطلاقها بالاضافه إلى المحصن وغيره يقدّم ما ورد فى الزانى بذات محرمه، لأنّ تقديم ما

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 8: 386.

حد الزنا بالمحارم سبباً

....

الشَرح: ورد فى الزانى المحصن والزانى غير المحصن عليها يوجب الغاء روايات المقام كما لا يخفى .

هذا كلّه بالاضافه إلى ذات المحرم نسباً، وامّا ذات المحرم بالسبّب، كالزنا بأمّ الزوجه أوبنت الزوجه ونحو ذلک، فقد يقال: بأنّ الثابت فيه حدّ مطلق الزنا لا القتل، تحفظاً على الدماء وعدم التهجم عليها وانصراف ذات المحرم إلى ما كان التحريم بالنسب.

وفيه بعد ما قام الدليل على أنّ بذات المحرم هو القتل، واقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ذاک المحرم نسباً أو سبباً، فلا يكون جريانه على الزنا بذات المحرم سبباً من التهجّم على الدماء، ودعوى الانصراف لا أساس لها، كما يظهر من ملاحظه موارد الاطلاقات.

وممّا ذكر يظهر الحال ما إذا كان التحريم بالرضاع، وإن ذكر فى الجواهر عدم ظهور الروايات فى ذات المحرم بالرضاع وانصرافها إلى غيرها، ولذا لا تثبت الولايات ونحوها فى موارد الرضاع، فلا يكون للأب والجدّ من الرضاع ولايه على الصغير وما له، ولا على الباكره فى نكاحها، ولا يكون للأم رضاعاً حق الحضانه إلى غير ذلک.

حد الزنا بالمحارم رضاعاً

وفيه انّ الولايه فى لسان الأدله للأب والجد وحقّ الحضانه للام، ولا ينبغى التأمّل فى انصراف مثل هذه العناوين إلى ما كان بالنسب، ولذا لو أوصى بشىء من ماله على امّه يكون لأمّه نسباً، ولكن حدّ القتل فى المقام ذكر للزنا بذات المحرم، والانصراف فى هذا العنوان غير صحيح.

نعم، دعوى أنّ الرضاع لحمه كلحمه النسب، مقتضاه جريان تمام احكام

ثبوت القتل على زنا الذمى بالمسلمه

الذمى إذا زنى بمسلمه[2]،

الشَرح: النسب على الرضا عليه السلام أيضاً، الاّ أن يثبت المخرج عنه، لا يمكن المساعده عليها، لما ذكرنا فى محلّه من أنّ الثابت هو انّه يحرم من الرضا ما يحرم من القرابه أو ما يحرم من النسب، دون التنزيل المزبور.

[2] الظاهر عدم الخلاف بين الاصحاب فى أنّ الذمى إذا زنى بمسلمه قتل، سواء كانت بالاكراه عليها أو بمطاوعتها، كان الزانى مراعياً لشرائط الذمه قبل فجوره أم لا، محصناً أو غير محصن.

حد زنا الكافر غير الذمى بالمسلمه

ويستدلّ على ذلک بصحيحه حنان بن سدير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن يهودى فجر بمسلمه، قال: «يقتل»(1).

وهذه الصحيحه وإن وردت فى اليهودى الاّ أنّه لا يحتمل الفرق بينه وبين النصرانى والمجوسى، ويدلّ على المساواه بالاضافه إلى النصرانى خبر جعفر ابن رزق اللّه الآتى، ولضعف سنده صالح للتأييد.

وأما سائر الكفار وغير الذمى، فلا ينبغى التأمّل فى جواز قتلهم بدون فجورهم، ولا يحتمل أن يكون جزائهم على فجورهم أخفّ من فجور الذمى، مع أنّ المفروض فى صحيحه حنان بن سدير: «يهودى فجر بمسلمه».

عدم سقوط الحد عن الكافر الزانى بالمسلمه بإسلامه

ثم إنّ الذمى إذا ثبت فجوره عند الحاكم وأسلم للتخلص من حدّ القتل فلا يوجب اسلامه سقوط الحدّ، كما هو مقتضى اطلاق الصحيحه.

ويدلّ على ذلک خبر جعفر بن رزق اللّه، قال: قدّم إلى المتوكّل رجل نصرانى فجر بامرأه مسلمه وأراد أن يقيم عليه الحدّ، فقال يحيى بن اكثم: قد هدم ايمانه

1- (1) الوسائل:18، الباب 19 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:386.

وكذا من زنى بامرأه مكرهاً لها[1].

الشَرح: شركه وفعله، وقال بعضهم: يضرب ثلاثه حدود، وقال بعضهم: يفعل به كذا وكذا، فأمر المتوكّل بالكتاب إلى أبى الحسن عليه السلام وسؤاله عن ذلک، فلمّا قدم الكتاب كتب أبو الحسن عليه السلام : «يضرب حتى يموت»، فأنكر يحيى بن اكثم وانكر سائر فقهاء العسكر ذلک وقالوا: يا أمير المؤمنين سله عن هذا فانّ هذا شىء لم ينطق به كتاب اللّه ولم تجى ء به السنه، فكتب أنّ فقهاء المسلين قد أنكروا هذا وقالوا: لم تحى ء به سنه ولم ينطق به كتاب فبيّن لنا بما أوجبت عليه الضرب حتى يموت، فكتب عليه السلام : «بسم الله الرحمن الرحيم «فَلَمَّا رَأوْا بأسَنا قالوا آمنّا بِاللّهِ وَحْدَهُ وَكَفَرْنا بِمَا كُنّا بهِ مُشْرِكينَ فَلَمْ يَک يَنْفَعُهُمْ ايمانُهُمْ لَمَّا رَأوْا بَأسَنا سُنَّتَ اللّهِ الّتى قَدْ خَلَتْ فى عِبادِهِ وَخَسِرُ هُنالِکَ الْكافِرُونَ»(1)، قال: فأمر به المتوكّل، فضرب حتى مات»(2).

ولكن لا دلاله له على سقوط الحدّ إذا أسلم طوعاً لا للتخلّص عن جزاء فجوره، حيث يمكن لعدم السقوط فى فرض الاسلام طوعاً موجب آخر، فالمتبّع الصحيحه، واللّه العالم.

[1] الزنا بامرأه مكرهاً لها يوجب القتل من غير فرق بين كون الزانى محصناً أو غيره كونه شاباً أو شيخاً، عبداً أو حرّاً، مسلماً أو غيره، بلا خلاف ظاهر، ويدل عليه صحيحه بريد العجلى، قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأه فرجها؟ قال: «يقتل محصناً كان أو غير محصن»(3).

وصحيحه زراره، قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام الرجل يغضب المرأه نفسها، قال:

1- (1) غافر: 40.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 26 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:407.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد الزنا، الحديث 1:382.

ولا يعتبر فى هذه المواضع الاحصان، بل يقتل على كلّ حال، شيخاً كان أو شاباً، ويتساوى فيه الحر والعبد والمسلم والكافر، وكذا قيل فى الزنا بامرأه أبيه[1]أو ابنه.

الشَرح:

«يقتل»(1)، وفى صحيحه الاخرى عن أحدهما عليه السلام فى رجل غصب امرأه نفسها، قال: «يقتل»(2).

وفى مقابل ذلک خبره عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل غصب امرأه فرجها، قال: «يضرب ضربه بالسيف بالغه مابلغت» حيث ربمّا يستظهر منه أنّ الزنا اكراهاً الضربه الواحده بالسيف، سواء كانت قاتله أم لا.

وفيه ما تقدم من ظهورها فى كون الحدّ قتلاً، هذا مع ضعف الخبر سنداً، فانّ فى سنده على بن حديد، ولم يثبت له توثيق.

نعم فى مصححه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام : إذا كابر الرجل المرأه على نفسها ضرب ضربه بالسيف مات منها أو عاش»(3)، ولكن فى دلالتها على فرض وقوع الزنا تامّلاً، ولعله حدّ للتصدى لوقوعه.

[1] القائل الشيخ والحلبى وابنا إدريس وزهره وغيرهم، وهو المنسوب فى كلام بعض إلى الاكثر، وكلام بعض آخر إلى المشهور، وعن ابن إديس إالحاق الزنا بامرأه الابن بالزنا بامرأه الأب.

أقول: لو بنى أنّ الزنا بذات المحرم غير موجب للقتل مطلقاً بل يختص ذلک بذات المحرم نسباً، فالحاق الزنا بامرأه الأب متعيّن، لمعتبره السكونى عن جعفر،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:382.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد الزنا، الحديث 4:384.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد الزنا، الحديث 6:385.

....

الشَرح: عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه رفع اليه رجل وقع على امرأه أبيه فرجمه وكان غير محصن(1).

الاّ أنّ الالحاق فى مجرّد القتل لا فى سببه، فانّ ظاهرها القتل بالرجم، وحيث إنّ الرجم حدّ للزانى بامرأه أبيه ملحقاً بالزانى المحصن، وإن كان غير محصن، وأمّا الزانى بامرأه ابنه فلا موجب لالحاقه بامرأه الأب، وكذا الزانى بأمه الأب، حيث لا موجب فيهما لرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على أنّ الزانى مع عدم احصانه يجلد ومع احصانه يرجم.

وأمّا إذا بنى على عدم الفرق فى الزنا بذات المحرم بين النسب والسبب، فالحدّ هو القتل بالضرب فى عنق الزانى والزانيه بالسيف، يجرى الحكم فيمن زنى بامرأه ابنه، غايه الأمر يرفع اليد فيمن زنى بامرأه أبيه عن الاطلاق، ويلتزم فيه بقتله رجماً.

والحاصل، مقتضى ما تقدّم قتل الزانى بذات المحرم بالضرب بالسيف فى عنقه، وكذا الحال فى الزانيه وأمّا الزنا بامرأه مكرهاً لها، فحدّه القتل بأى آله، ولكن ظاهر الماتن أنّ الحدّ فى جميع موارد الزنا بذات المحرم والاكراه للمرأه والزنا بالمسلمه القتل بالسيف.

فى مقابل المحكى عن ابن إدريس انّه يجلد ثم مع عدم الاحصان ويجلد ثم يرجم مع الاحصان، وكانّه أراد الجمع بين ما دلّ على قتل الزانى ولو مع عدم احصانه، وما دل على أنّ الزانى غير المحصن يجلد.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد الزنا، الحديث 6:385.

الثانى: الرجم

ثبوت الرجم على زنا المحصن والمحصنه

وهل يقتصر على قتله [1]بالسيف، قيل: نعم، وقيل: يجلد ثم يقتل ان لم يكن محصناً ويجلد ثم يرجم ان كان محصناً، عملاً بمقتضى الدليلين، والأوّل أظهر.

وأمّا الرجم: فيجب على المحصن اذا زنى ببالغه عاقله، فان كان شيخاً أو شيخه جلد ثم رجم[2]،

الشَرح:

ويؤيد الجمع موثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا زنى الرجل بذات محرم حدّ الزنى الاّ أنّه اعظم ذنباً»، فانّ مقتضى كونه أعظم ان يقتل بعد الجلد إن لم يكن محصناً وإن كان محصناً يجلد ثم يرجم، فانّ الحد فى زنا الشيخ والشيخه الجلد ثم الرجم مع الاحصان، ولو اقتصر فى الزنا بذات المحرم مع الاحصان بالرجم أو القتل يكون الزنا بذات المحرم أهون.

أقول: ظاهر الموثقه كما ذكرنا سابقاً أنّ الزنا بذات المحرم اعظم أثماً، وانّ الحدّ الجارى على الزانى بذات المحرم هو حد مطلق الزنا، فيكون جلداً مع عدم احصانه ورجماً مع الاحصان، ولذا ذكرنا أنّه لا عامل بظاهرها، فتطرح أو تحمل على التقيه.

وايضاً أنّ الوارد فى الروايات فى الزنا بذات المحرم أو فى الزنا بالمسلمه أو مع الاكراه على المرأه انّه حدّ الزنا المفروض فيها، الاّ أنّه حدّ يضاف الى حدّ مطلق الزنا.

[1] يعنى هل يقتصر فى الموارد المتقدمه على قتل الزانى بالسيف، أو يجلد ثم يقتل مع عدم الاحصان ويجلد ثم يرجم مع الاحصان، كما نقلنا ذلک عن ابن إدريس.

[2] اتفق الاصحاب أنّ زنا المحصن ببالغه عاقله، وكذا زنا المحصنه ببالغ

....

الشَرح: عاقل موجب للرجم، والروايات الداله على ذلک مستفيضه على ما يأتى نقلها، والمشهور بين الاصحاب أنّ المحصن إذا كان شيخاً والمحصنه شيخه يجلد ثم يرجم.

وينسب الخلاف إلى العمانى حيث لم يذكر الجلد بل اطلق الرجم فى المحصن، ولا يبعد أن يكون مراده كالاطلاق فى بعض الروايات الرجم بعد الجلد، ويشهد لذلک صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الشيخ والشيخه جلد مائه والرجم والبكر والبكره جلد مائه ونفى سنه»(1).

وهذه الصحيحه وإن كانت مطلقه بالاضافه الى احصان الشيخ والشيخه وعدم احصانهما، الاّ أنه لا بُدّ من تقييد إطلاقها بالتقييد الوارد فى صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشيخ والشيخه أن يجلد مائه وقضى للمحصن الرجم وقضى فى البكر والبكره إذا رنيا جلد مائه ونفى سنه فى غير مصرهما، وهما اللذان قد أملكا ولم يدخل بها»(2).

ودعوى أنّ ظاهر هذه جلد الشيخ والشيخه بالمائه مع عدم الاحصان والرجم مع الاحصان بقرينه المقابله، لايمكن المساعده عليها، فانّه لا تقييد فى ناحيه الجلد بصوره عدم الاحصان، ومقتضى اطلاقه الجمع بينه وبين الرجم مع الاحصان.

ومع الاغماض عن ذلک وفرض عدم ظهورها فى ناحيه الجلد من حيث

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 9:347.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:347.

....

الشَرح: الاطلاق والاختصاص بصوره عدم الاحصان، فلا ينبغى التأمّل فى دلالتها على اختصاص الرجم بصوره الاحصان، فيؤخذ بذلک ويرفع اليد عن إطلاق صحيحه الحلبى كما ذكرنا.

نعم فى صحيحه عبدللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «الرجم فى القرآن قول اللّه عزّ وجلّ، إذا زنى الشيخ والشيخه فارجموهما البتّه فانّهما قضيا الشهوه»(1)، فانّ مقتضى التعليل فيهما عدم اختصاص الرجم بصوره الاحصان مع كون الزانى شيخاً أو الزانيه شيخه.

ولكن يتعيّن حملهما على التقيه، حيث إنّ الاساس فى كون رجمهما من القرآن هو الثانى، وعدم الذكر فى القرآن لنسخ التلاوه من توجيهاتهم، ولعلّه يشير الى ذلک تركه عليه السلام الذيل المروى نكاحاً الخ .

ووجه الاشاره أنّ الكلام المزبور لا يشبه فى سبک ألفاظه بالقرآن المجيد، والذيل المروى الّذى اريد به اعطاء الشباهه له لم ينقل فى كلامه عليه السلام ليعطى صوره ما جرى.

ثم انه قد ورد فى موثقه أبى العباس أو صحيحه عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «رجم رسواللّه صلى الله عليه و آله ولم يجلد، وذكروا أنّ علياً رجم بالكوفه وجلد، فانكر ذلک أبو عبداللّه عليه السلام وقال: ما نعرف هذا أى لم يحدّ رجلاً حدين جلد ورجم فى ذنب واحد»(2).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 4:346.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 5:346.

وان كان شاباً ففيه روايتان، احداهما يرجم لا غير[1]، والاخرى يجمع له بين الحدين، وهو أشبه.

الشَرح:

وقال الشيخ قدس سره بعد نقل الخبر: انّ لم يحدّ رجلاً حدين على عليه السلام تفسير من يونس، وليس بصحيح، والمشار اليه فى قول أبى عبداللّه عليه السلام : ما نعرف هذا قولهم أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله رجم ولم يجلد، ولو سلّم أنّ المشاراليه فعل على عليه السلام ، وأنّه عليه السلام لم يجمع بين الحدين فى رجل، فلعلّ عدم جمعه عليه السلام لعدم اتفاق الموضوع للجمع، فلا منافاه مع ما تقدّم.

أقول: لو فرض ظهوره فى عدم جواز الجمع بين الجلد والرجم فيحمل على التقيه، لأنّ عدم الجمع بينهما فى الشيخ والشيخه مذهب العامه، حيث ظاهرهم تعيّن الرجم، بلا فرق بين احصان الشيخ والشيخه أو عدم احصانهما.

[2] اذا كان الزانى أو الزانيه غير شيخ وشيخه، فقد ذكر الماتن أنّ فى البين طائفتين من الاخبار، الأولى: انّه يرجم من غير جلد، والثانيه: انّه يجلد ثم يرجم، وانّ الثانيه اشبه، كما حكى الجمع بين الحدين عن الشيخين والمرتضى وابن إدريس وجلّ المتأخرين بل الى المشهور، وفى الانتصار انّه من منفردات الاماميه خلافاً لبعض الاصحاب حيث اختار والرجم من غير جلد.

ويستدلّ على المنسوب الى المشهور بصحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام : «فى المحصن والمحصنه جلد مائه ثم الرجم»(1)، وصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام : «فى المحصن والمحصنه جلد مأه ثم الرجم»(2)، وصحيحه

1- (1) الوسائل:18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:347.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 14:348. الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:347. الوسائل:18،

الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:347.

....

الشَرح:

يل قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عند الإمام الى أن قال الاّ الزانى المحصن فانّه لا يرجمه إلاّ أن يشهد عليه أربعه شهداء، فاذا شهدوا ضربه الحد مائه جلده ثم يرجمه»(1).

ومقتضى اطلاق هذه الروايات الجمع بين الحدّين فى المحصن والمحصنه، من غير فرق بين الشيخ والشيخه والشابه، ولكن لابُدّ من رفع اليد عن إطلاقها بالاضافه الى غير الشيخ والشيخه، وذلک فانّ فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «الرجم حدّ اللّه الأكبر والجلد حدّ اللّه الاصغر، فاذا زنى الرجل المحصن رجم ولم يجلد».

فالمستفاد منها عدم اجتماع الحدين فى المحصن بلا فرق بين الشاب والشابه وغيرهما، وقد دلت بعض الروايات على لزوم الجمع بين الحدين فى الشيخ والشيخه، واذا خرج الشيخ والشيخه مع احصانهما عن صحيحه أبى بصير، فيكون مدلولها هو أنّ المحصن يرجم ولا يجلد فى غير الشيخ والشيخه، وهذا المضمون أخصّ من الروايات المتقدّمه الداله باطلاقها انّ المحصن يجلد ثم يرجم، فيقيّد اطلاقها.

فيكون حاصل الجمع بين الطوائف الثلاث الزانى والزانيه مع احصانهما

1- (1) الوسائل:18، الباب 1، من أبواب حد الزنا، الحديث 15 :346.
الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 14:348.

....

الشَرح:

يجلدان ثم يرجمان إذا كانا شيخاً وشيخه، ويرجمان من غير جلد إذا لم يكونا شيخاً وشيخه، كما يدلّ على ذلک خبر عبداللّٰه بن طلحه عن أبى عبداللّٰه عليه السلام ، قال: «إذا زنى الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما عقوبه لهما وإذا زنى النصف من الرجال رجم ولم يجلد إذا كان قد احصن الخبر»(1). ولضعف سنده يصلح لتأييد ما ذكرنا.

وربما يقال: انّ ما تقدم من الجمع بين الطوائف الثلاث مبنى على الالتزام بانقلاب النسبه، ولو قيل بعدم صحه الالتزام المزبور توقف الجمع بين المتعارضين المتباينين على وجود شاهد الجمع بينهما، بأن يكون فى البين خطابين أو خطاب له لسانان يختصّص أحد المتعارضين بخطاب أو باحد لسانين ويختصّص الآخر بخطاب آخر أو لسان آخر حتى يرتفع التنافى بينهما، فالمتعين الالتزام بالرجم، لأنّه لا تعارض بين الطائفتين بالاضافه اليه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ البناء على انفلاب النسبه بناء على الصحيح، كما بينا فى بحث الاصول، ومع الاغماض عنه فالطائفه المثبته للجلد موافقه لاطلاق الكتاب المجيد فتقدم، وأيضاً القول بأنّ الرجم متفق عليه من مدلول الطائفتين لا يخلو عن المناقشه، لأنّ الرجم فى احداهما مقيد بوقوعه بعد الجلد، وفى الآخرى ليس فيه قيد، فكيف تتفقان.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 11:347. الوسائل:18، الباب 1، من أبواب حد الزنا، الحديث 15:346. الوسائل:18، الباب 1، من أبواب حد الزنا، الحديث 15:346.

حكم زنا المحصن والمحصنه بغير البالغه والبالغ

ولو زنى البالغ المحصن بغير البالغه أو وبالمجنونه فعليه الحدّ لا الرجم، وكذا المرأه لو زنى بها طفل، ولو زنى بها المجنون فعليها الحدّ كاملاً[1]،

الشَرح:

نعم، قد يقال بأنّ الجمع بين الطوائف الثلاث المبنى على انقلاب النسبه غير صحيح، لمنافاه الجمع المزبور مع موثقه زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى امرأه زنت فحبلت فقتلت ولدها سرّاً فأمر بها فجلدها مائه جلده ثم رجمت، وكانت أوّل رجمها»(1).

ولكن لا يخفى ما فيه حيث إنّه لم يفرض فى الروايه إحصانها، فلعلّها حد للزانيه التى قتلت ولدها، سواء كانت محصنه أم لا.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو زنى البالغ المحصن بغير البالغه أو المجنونه لا يتعلّق به الرجم بل يتعلّق به الحدّ يعنى الجلد، كما عليه الشيخ قدس سره فى النهايه ويحيى ابن سعيد فى جامعه وعن الشهيد فى الروضه نسبه الى الشهره، خلافاً للمحكى عن الحلبى وابنى زهره وإدريس، حيث ذكروا أنّ الزانى بغير البالغه والمجنونه مع احصانه يرجم.

حد الزانيه إذا كان الزانى بها مجنوناً

ولا ينبغى التأمّل فى أنّ مقتضى مثل صحيحه أبى بصير المتقدّمه إذا زنى الرجل المحصن يرجم ولم يجلد،تعيّن الرجم فى الفرض أيضاً، ولابُدّ فى رفع اليد عن اطلاقها وتقييدها بما إذا لم يكن المزنى بها صغيره أو مجنونه من قيام الدليل عليه .

وليس فى البين الاّ ما يقال من استفادته من صحيحه سليمان بن خالد عن أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى غلام صغير لم يدرک ابن عشر سنين زنى بامرأه،

1- (1) الوسائل:18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 13:349.

....

الشَرح:

قال: «يجلد الغلام دون الحدّ وتجلد المرأه الحد كاملاً»، قيل: فان كانت محصنه؟ قال: «لا ترجم لأنّ الذى نكحها ليس بمدرک ولو كان مدركاً رجمت»(1).

ولكن مدلولها كما تقدّم عدم تعلّق الرجم بالمرأه المحصنه إذا كان الزانى بها غير مدرک، وأمّا عدم تعلّق الرجم بالرجل المحصن مع كون المزنى بها صغيره، فلا دلاله لها على ذلک بوجه.

وما قيل من نقص اللذّه فى الزنا بغير البالغه ونقص حرمه غير البالغه والمجنونه ولذا لا يتعلّق الحد بقاذفهما كماترى، فانّ نقص اللذه لو كان موجباً لعدم تعلّق الرجم، لكان الزنا بالعجوزه موجباً لتعلّق الجلد بالزانى ولو كان محصناً.

ولو كان الزنا مع نقص الحرمه مانعاً من تعلّق الرجم بالزانى المحصن لكان زنا المحصن بالكافره موجباً لتعلّق الجلد دون الرجم.

نعم فى الموثق عن أبى مريم، سألت أبا عبداللّه عليه السلام فى آخر ما لقيته عن غلام لم يبلغ الحلم وقع على امرأه وفجر بامرأه أىّ شىء يصنع بهما،؟ قال: «يضرب الغلام دون الحد ويقام على المرأه الحدّ»، فقلت: جاريه لم تبلغ وجدت مع رجل يفجر بها، قال: «تضرب الجاريه دون الحدّ ويقام على الرجل الحدّ»(2)، فيقال: المراد بالحدّ فى كلتا العبارتين الجلد بالمائه، فيكون ظاهرها انّ البالغ أيضاً لا يتعلّق به الرجم إذا كان المزنى بها صغيره.

1- (1) الوسائل:18، الباب 9 من أبواب حد الزنا، الحديث 1:362.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 9، من أبواب حد الزنا، الحديث 2:362. الوسائل:18، الباب 9 من أبواب حد الزنا، الحديث 1:362.

وفى ثبوته فى المجنون تردّد[1]، والمروى أنّه يثبت.

الشَرح:

وبتعبير آخر، التفكيک فى المراد من الحدّ بين الفرضين الواردين فى السؤال، بأن يكون المراد منه الجلد التام فى فرض صغر الزانى واجلد والرجم فى فرض صغر المزنى بها، ولو كان هذا التفكيک بتقيد اطلاق الحد فى الفرض الأوّل بصحيحه سليمان بن خالد عن أبى بصير أمر بعيد، ولكن دعوى البعد لا يخلو عن المناقشه.

[1] ظاهر كلامه قدس سره إذا كان الزانى بالمرأه مجنوناً يتعلّق بها الحدّ التام يعنى الجلد بالمائه مع عدم احصانها والرجم مع احصانها، وقد تقدّم انّ ذلک مقتضى ما دلّ أنّ غير المحصنه تجلد والمحصنه ترجم، وفى ثبوت الحدّ للزانى المجنون تردّد، والمروى أنّه يتعلّق به الحدّ، فان كان المجنون غير محصن يجلد وإن كان محصناً يرجم.

كما يدلّ على ذلک خبر أبان بن تغلب، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحدّ وان كان محصناً رجم» قلت: وما الفرق بين المجنون والمجنونه والمعتوه والمعتوهه؟ فقال: «المرأه انما تؤتى والرجل يأتى، وانّمايزنى اذا عقل كيف يأتى اللذه، وان المرأه انما تستكره ويفعل بها وهى لا تعقل ما يفعل بها»(1).

وفيه كما تقدم، انّ الروايه ضعيفه بإبراهيم بن الفضل الهاشمى، حيث لم يثبت له توثيق، ومقتضى رفع القلم عن المجنون عدم ثبوت الحرمه والحدّ فى حقّه.

وقد ذكرنا فيما مر أنّه يستفاد من صحيحه فضيل بن يسار عدم تعلّق الحد بالمجنون، من غير فرق بين حدّ القذف أو غيره، قال: سعمت أبا عبداللّه عليه السلام يقول:

1- (1) الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:388.

الثالث: الجلد والتغريب

ثبوت الجلد والتغريب على الزانى المملک غير المحصن

وأمّا الجلد والتغريب: فيجبان على الذّكر الحر غير المحصن، يجلد مأه ويجزّ رأسه ويغرّب عن مصره عاماً، مملكاً كان أو غير مملک[1]، وقيل: يختص التغريب بمن أملک ولم يدخل، وهو مبنى على أنّ البكر ما هو، والا شبه انّه عباره عن غير المحصن وان لم يكن مملكاً.

الشَرح:

«لا حدّ لمن لا حدّ عليه، يعنى لو انّ مجنوناً قذف رجلاً لم أر عليه شيئاً، ولو قذفه رجل فقال: يا زان لم يكن عليه حدّ»(1).

وعلى الجمله، ضعف روايه أبان بن تغلب، وعدم عمل المشهور بها ليدعى انجبار ضعفها بعملهم وعموم رفع القلم عن المجنون، وظاهر صحيحه فضيل بن يسار، يقتضى الالتزام بنفى الحدّ عن المجنون، سواء كان جلداً أو رجماً، نعم يجب منعه عن الفساد بأىّ وسيله ممكنه، منها ضربه وحبسه، أو حتّى جرحه وقتله، إذا توقف منعه عليه، وهذا أمر آخر، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] الزانى غير المحصن والزانيه غير المحصنه يجلد كلّ منهما مائه جلده، وعن جماعه من القدماء والمتأخرين بل المنسوب الى المشهور أنّه يضاف الى الجلد فى الزانى جز شعر رأسه أو حلقه وتغريبه عن مصره سنه، بلا فرق بين كون غير المحصن مملكاً أو غيره، والمراد من الملک المتزوج بامرأه ولكن لم يدخل بها وغير المملک غير المتزوج، خلافاً لجماعه حيث خصوّا بالتغريب بل بالجز المملک.

وذكر الماتن قدس سره أنّ الاختلاف مبنىّ على تعيين البكر، حيث ورد فيه أنّه يجلد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1:332. الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:388. الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:388. الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب حد الزنا، الحديث 2:388.

....

الشَرح:

وينفى، وانّ الاشبه كون المراد منه غير المحصن، سواء كان مملكاً أم لا.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى أنّ جز الشعر أو حلقه يختص بالمتزوج الذى لم يدخل بزوجته، فانّ هذا الحكم وارد فى صحيحه حنان، قال: سأل رجل أبا عبداللّه عليه السلام وأنا أسمع عن البكر يفجر وقد تزوج ففجر قبل أن يدخل باهله، فقال: «يضرب مائه ويجز شعره وينفى من المصر حرلاً ويفرّق بينه وبين اهله»(1).

وفى صحيحه على بن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال: سألته عن رجل تزوج امرأه ولم يدخل بها فزنى ما عليه؟ قال: «يجلد الجلد ويحلق رأسه ويفرّق بينه وبين أهله وينفى سنه»(2).

ويختصّ مدلولهما بغير المحصن المملك، فالتعدّى منه إلى غير المملك بلا وجه، ومقتضى الجمع بينهما التخيير بين جزّ شعر المملك وحلقه.

وأمّا بالاضافه إلى النفى سنه، فالوارد فى بعض الروايات وإن كان عنوان البكر والزانى غير المحصن، كصحيحه أبى بصير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الزانى إذا زنى أينفى؟ قال: فقال: «نعم من التى جلد فيها الى غيرها»(3)، ونحوها غيرها.

الاّ أنّه لابُدّ من رفع اليد عن إطلاقها وحملها على غير المحصن المملك،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد الزنا، الحديث 7: 359.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:359.
الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد الزنا، الحديث 7: 359.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 393.
الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد الزنا، الحديث 8:359.

....

الشَرح:

بشهاده معتبره زراره عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «الذى لم يحصن يجلد مائه جلده، ولا ينفى، والذى قد أملک ولم يدخل بها يجلد مائه وينفى»(1).

وهذه مرويه فى الكافى والتهذيبين، رواها الحسين بن سعيد عن فضاله، عن موسى بن بكر، عن زراره، وقد تعرضنا فى بحث الطبقات لموسى بن بكر الواسطى، وذكرنا أنّه من المعاريف مع عدم ثبوت قدح فيه، وهذا المقدار يكفى فى اعتبار روايته.

وما يقال فى وجه اعتباره انّه موثق بتوثيق صفوان بن يحيى الراوى لكتابه، حيث إنّه قال عند دفع كتابع إلى الحسن بن محمّد بن سماعه أنّه ممّا لا يختلف فيه اصحابنا، وقد روى الكلينى فى باب ميراث الولد مع الزوج عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمّد بن سماعه، قال: «دفع صفوان كتاباً لموسى بن بكر فقال لى: هذا سماعى من موسى بن بكر وقرأته عليه، فاذا فيه موسى بن بكر، عن على بن سعيد، عن زراره، قال: هذا ممّا ليس فيه اختلاف عند اصحابنا عن أبى عبداللّه وأبى جعفر عليه السلام ، أنّهما سئلا(2) الخ، بدعوى أنّ هذا مما ليس فيه اختلاف من قول صفوان لحسن بن محمّد بن سماعه، وهذه اشاره الى موسى بن بكر أو كتابه، وعلى كلا التقديرين يفيد توثيقه.

ولكن الوجه المزبور ضعيف غايته، فانّ: «هذا ممّا ليس فيه خلاف» قول

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 7: 347.
الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 393.
2- (2) الكافى ج 7 باب ميراث الولد مع الزوج، الحديث 3: 97.

....

الشَرح:

زراره، وهذا اشاره إلى ما يرويه عن أبى جعفر عليه السلام ، كما يظهر ذلک من بعض الروايات التى يرويها زراره فى الميراث عن أبى عبداللّه وأبى جعفر عليهماالسلام .

واوضح بعض الروايات ما رواه الكلينى فى باب ابطال العول عن على بن ابراهيم، عن محمّد بن عيسى، عن يونس، عن موسى بن بكر، عن على بن سعيد، قال: قلت لزراره: إنّ بكير بن أعين حدثنى عن أبى جعفر عليه السلام أنّ السهام لا تكون أكثر من سنه، فقال: هذا ممّا ليس فيه اختلاف بين أصحابنا عن أبى عبداللّه وأبى جعفر عليهماالسلام (1)، ووجه كونه أوضح انّه ليس فى البين دفع كتاب ولا سندها صفوان.

ويشهد ايضاً لاختصاص النفى بالمملک صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشيخ والشيخه أن يجلدا مائه، وقضى للمحصن الرجم، وقضى فى البكر والبكره إذا زنيا جلدا مائه، ونفى سنه فى غير مصرهما، وهما اللذان قد أملكا ولم يدخل بها»(2).

ودعوى أنّ التفسير من الراوى فلا تكون دليلاً على اختصاص النفى بالمملک، لا يمكن المساعده عليها، فانّ الوارد فى الروايه هو العطف التفسيرى لا التفسير بأداته، وعدم الجمله العطفيه فى نقل الشيخ بسند آخر لا يضرّ، لأنّ الزياده لعلّها لم تصل اليه بذلک السند.

والمتحصّل أنّ مقتضى معتبره زراره وصحيحه محمّد بن قيس رفع اليد عن

1- (1) الكافى ج 7 باب آخر فى ابطال العول، الحديث 2: 81.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 20: 350.

وأمّا المرأه فعليها الجلد ماه، ولا تغريب ولا جزّ[1].

الشَرح:

إطلاق الروايات الوارده فى أنّ يخرج الزانى من مصره أو من المصر الذى جلد فيه إلى مصر آخر بحملها على من املک ولم يدخل بها، ولا يلزم من تقييدها حملها على من املک ولم يدخل بها، ولا يلزم من تقييدها حملها على الفرد النادر، فانّ كون الرجل مملكاً لم يدخل بامرأته غير عزيز.

[1] امّا أنّه لا يكون على المرأه حلق شعر الرأس أو جره، فلا ينبغى التأمّل فيه، لأنّ الجز أو الحلق ورد على الزانى غير المحصن المملک على ما تقدم، فالتعدى إلى الزانيه بلا وجه.

وأمّا النفى سنه، فقد ادعى عدم ثبوته على المرأه، والمحكى عن ابن أبى عقيل وابن الجنيد ثبوت النفى فى حقّ كل من الزانى والزانيه مع عدم احصانهما، وتردد الشهيد الثانى فى ثبوته على المرأه، واكثر الروايات وارده فى حق الزانى، ولكن ورد فى بعضها ثبوته للزانى والزانيه.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «فى الشيخ والشيخه جلد مائه والرجم والبكر والبكره جلد مائه ونفى سنه»(1).

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشيخ والشيخه أن يجلدا مائه وقضى للمحصن الرجم وقضى فى البكر والبكره إذا زنيا جلد مائه ونفى سنه فى غير مصرهما»(2).

وروايه عبدالرحمان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «كان على عليه السلام يضرب الشيخ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 9: 348.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 345.

والمملوک یجلد خمسین، محصناً کان أو غیر محصن، ذکراً کان أو أنثی، ولا جزّ علی احدهما ولا تغریب[1].

الشَرح:

والشیخه مائه ویرجمهما ویرجم المحصن والمحصنه ویجلد البکر والبکره وینفیهماسنه»(1).

ویشهد أیضاً لعموم النفی وثبوته فی حق المرأه ما ورد فی المرأه المستکرهه للزنا والمجنونه أنها لا تملک نفسها ولیس علیها حدّ ولا نفی، فانّ ظاهره عدم ثبوت النفی علی المستکرهه أو المجنونه لعدم کونها مالکه لنفسها، ولو لم یثبت فی حق المرأه نفی لما کان لذکر النفی وجه.

وکذا ما ورد فی الأمه الفاجره أنّها لا تنفی حتی تعتق، فانّ جعل الغایه لانتفاء النفی عن الامه عتقها مقتضاه ثبوت النفی علی المرأه أیضاً.

ودعوی أنّه لا یحتمل ان یجری التغریب علی المرأه لأنّ بعدها عن أهلها وغیابها عنهم، خصوصاً مع اشتداد فقرها وحاجتها إلی النفقه یوجب شدّه جرأتها علی الفجور، وتغریبها مع المحرم من قبیل حمل وزرها علی غیرها، ولا تزر وازره وزر اُخری، لایمکن المساعده علیها، فانّه من قبیل الاجتهاد فی مقابل النص، وعلی الحاکم والوالی ترتیب التغریب علی نحو لا یترتب علیه محذور بل یترتب علیه ارتداعها.

[1] لا یثبت علی المملوک غیر الجلد، بلا فرق بین کونه محصناً أو محصنه، ذکراً کان أو انثی، شیخاً أو شیخه، مسلماً أو مسلمه، کافراً أو کافره، ولم یحک الخلاف فی ذلک، بل عن جماعه دعوی الاجماع علیه.

ویشهد له بعد ظاهر الکتاب المجید: «فَعَلَیْهِنَّ نِصْفُ ما عَلَی الْمُحْصَنَاتِ»(2)، ما

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد الزنا، الحدیث12: 348.
2- (2) النساء: 4.

قتل الزانى بتكرار الزنا والجلد ثلاثاً أو أربعاً

ولو تكرّر من الحرّ الزنا فاقيم عليه الحدّ مرتين قتل فى الثالثه، وقيل فى الرابعه، وهو اولى[1]،

الشَرح:

تقدم من إعتبار الحريه فى الاحصان، وفى صحيحه أبى بصير المرادى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال فى العبد يتزوج الحرّه ثم يعتق فيصيب فاحشه، قال، فقال: «لا رجم عليه حتى يواقع الحره بعد ما يعتق الحديث»(1)، وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى العبيد إذا زنى احدهم أن يجلد خمسين جلده، وإن كان مسلماً أو كافراً أو نصرانياً ولا يرجم ولا ينفى»(2).

هذا بالاضافه إلى العبد وأمّا الأمه فمع أنّه لا يحتمل اختلافها مع العبد كما هو ظاهر الآيه المباركه، فقد ورد فى صحيحه محمّد بن قيس الوارده فى المكاتبه التى أدت بعض مكاتبتها عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «وأبى ان يرجمها وان ينفيها قبل ان يبيّن عتقها»(3).

وعلى الجمله، لا يثبت على المملوک الاّ الجلد بخمسين، ولا يثبت فى حق العبد الجزّ أو الحلق، لان الجزّ أو الحلق ذكر فى روايتين مع النفى، وقيد النفى قرينه على اختصاصهما بالحرّ على ما تقدم.

[1] المنسوب إلى المشهور ان الزانى غير المحصن والزانيه غير المحصنه إذا جلد ثلاث مرات يقتلان فى المره الرابعه، خلافاً للصدوقين وابن إدريس حيث قالوا بقتلها فى المره الثالثه، كأصحاب سائر الكبائر.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد الزنا، الحديث 5: 358.
2- (2) الوسائل: 18، الباب33 من أبواب حد الزنا، الحديث 3: 404.
3- (3) الوسائل: 18، الباب20 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 387.

وأمّا المملوک فاذا اقیم علیه سبعاً قتل فی الثامنه، وقیل فی التاسعه، وهو أولی[1].

الشَرح:

ویشهد لما علیه المشهور موثقه أبی بصیر، قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام : «الزانی إذا زنی یجلد ثلاثاً ویقتل فی الرابعه»(1).

فی روایه مروان بن مسلم، عن عبید بن زراره أو برید العجلی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: قلت: أمه زنت، قال: «تجلد خمسین جلده إلی ان قال: إذا زنت ثمانی مرات یجب علیها الرجم»، قلت: کیف صار فی ثمانی مرات؟ فقال: «لأن الحرّ إذا زنی أربع مرات واقیم علیه الحدّ قتل، فاذا زنت الأمه ثمانی مرات رجمت فی التاسعه»(2)، وهذه لضعف سندها قابله للتأیید.

وکذا روایه محمّد بن سنان، عن الرضا علیه السلام فیما کتب الیه: «وعلّه القتل بعد اقامه الحدّ فی الثالثه علی الزانی والزانیه لا ستحقاقهما الحدیث»(3).

وبذلک یرفع الید عن عموم صحیحه یونس بن عبدالرحمن عن أبی الحسن الماضی علیه السلام ، قال: «اصحاب الکبائر کلّها إذا اقیم علیهم الحدّ مرتین قتلوا فی الثالثه»(4).

[1] المشهور بین الاصحاب أنّه یقتل المملوک فی الثامنه بعد اقامه الحدّ علیه سبع مرات، وفی صحیحه برید عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا زنی العبد جلد خمسین فان عاد ضرب خمسین فان عاد ضرب خمسین، إلی ثمانی مرات، فان

1- (1) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد الزنا، الحدیث 1: 387.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد الزنا، الحدیث 2: 387.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد الزنا، الحدیث 4: 387.

4- (4) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد الزنا، الحديث 3: 387.

عدم ثبوت أكثر من حد واحد مع تكرار الزنا

وفى الزنا المتكرر حدّ واحد وان كثر[1]، وفى روايه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام : «ان زنى بامرأه مراراً فعليه حدّ وإن زنى بنسوه فعليه فى كل امرأه حدّ»، وهى مطرحه.

الشَرح:

زنى ثمانى مرات قتل وأدّى الإمام قيمه إلى مواليه من بيت المال»(1).

ولكن عن الشيخ فى النهايه على ما قبل، وعن القاضى والجامع والمختلف والايضاح انّه يقتل فى المرأه التاسعه، لما ورد فى روايه بريد العجلى أو عبيد بن زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فاذا زنت الأمه ثمانى مرات رجمت فى التاسعه»(2).

ولكن لا يخفى ضعف سندها، وتنافى ما ورد فيها مع ظاهر صدرها الظاهر فى قتل الحرّ فى الرابعه والأمه فى الثامنه على ما تقدم، وعليه فلا يمكن المساعده على ما فى المتن، من أنّ القول بقتله فى التاسعه اولى.

[1] المشهور أنّ الزنا المتعدد، سواء كان تكرره بحسب الايام أو بحسب الدفعات أو بحسب تعدد المرأه المزنى بها لا يوجب تكرر الحدّ، وإذا ثبت المتعدد من الزنا مع عدم جريان الحدّ على الزانى يجرى عليه حدّ واحد.

والكلام فيما إذا كان كلّ من المتعدد من قسم واحد، كما إذا زنى مع عدم احصانه مكرراً، وامّا تعدد القسم بأن زنى مع عدم إحصانه ثم زنى مع احصانه أو بالعكس، فهل يجرى عليه حدان الجلد أولاً ثم الرجم، أخذاً بما دلّ على أنّ الزانى مع إحصانه يجلد ومعه يرجم، لا يبعد ذلک.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 403.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 387.

. ...

الشَرح:

بل يمكن أن يستدل على ذلک بصيحه حماد بن عثمان عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكون عليه الحدود منها القتل، قال: «تقام عليه الحدود ثم يقتل»(1).

ونحوها الصحيح عن عبداللّه بن سنان وابن بكير فى رجل اجتمعت عليه حدود فيها القتل، قال: «يبدأ بالحدود التى دون القتل ويقتل بعد»(2)، ومثلهما صحيحه زراره(3) وموثقه عبيد بن زراره(4).

وعلى الجمله، الزنا المتكرر من قسم واحد لا يوجب تكرر الحدّ، فانّه إن كان المتكرر مع احصانه فالأمر ظاهر، فان القتل رجماً غير قابل للتكرار، وإذا كان مع عدم احصانه فعدم التكرار لتعلق الجلد فى الآيه المباركه والروايات على عنوان الزانى، ولا الزانى بزنا متعدد ام لا، ويجرى ذلک فى غير عنوان الزنا ممّا علق فيه الحد على العنوان المنطبق على شخص واحد، كقوله سبحانه: «اَلسَّارِقُ وَالسارِقَهُ فَاقْطَعُوا ايْديَهُما»(5).

نعم، إذا صدق العنوان بعد إجراء الحد عليه، بأن زنى بعد الجلد أو سرق بعد الحدّ يجرى عليه الحد ثانياً، لظهور الخطأ بان الحدّ جزاء لما ارتكبه قبل ذلک، لا أنّه جزاء ايضاً على ما يرتكبه بعد ذلک.

ولو اغمض عمّا ذكرنا يكفى فى جريان الحدّ ثانياً بالارتكاب بعد الحدّ الاوّل

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من مقدمات الحدود، الحديث 5: 326.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 15 من مقدمات الحدود، الحديث 6: 326.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 15 من مقدمات الحدود، الحديث 1: 325.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 15 من مقدمات الحدود، الحديث 2: 326.
5- (5) المائده: 38.

ولو زنى الذمى بذميّه دفعه الامام الى اهل نحلته ليقيموا عليه الحدّ على معتقدهم[1]، وإن شاء أقام الحدّ بوجب شرع الاسلام.

الشَرح:

ما تقدم، مت أنّ الزانى إذا جلد ثلاث مرات يقتل فى الرابعه.

ويؤيد ما عليه المشهور التعليل الوارد فى تكرر السرقه قبل اجراء حدّ السرقه، وما علم من الشرع من بناء الحدود على التخفيف.

ولكن ناقش بعضهم بأصاله عدم التداخل بعد كون كل زنا موجباً للحد، وقال مقتضى ذلک تعدد الحد، سواء كان المزنى بها واحده أم متعدده، وبما أنّه لا قائل بتعدد الحد مع وحده المزنى بها، فيرفع اليد عن أصاله عدم التدخل.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّه لو تم انّ مقتضى الخطاب تعلّق الحدّ بكل زنا تعيّن الأخذ بأصاله عدم التداخل فى غير مورد الاجماع على التداخل، فيلتزم مع تعدد المزنى بها بتعدد الحد، كما هو المحكى عن الصدوق والاسكافى، بخلاف ما إذا كان الزنا بامرأه واحده فى يوم واحد متكرراً، فانّه لا يوجب تكرر الجلد.

ويستدل عليه بروايه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: سألته عن الرجل يزنى فى اليوم الواحد مراراً كثيره، قال: فقال: «ان زنى بامرأه واحده كذا وكذا مره فانما عليه حد واحد، فان هو زنى بنسوه شتى فى يوم واحد وفى ساعه واحده فانّ عليه فى كل امراه فجر بها حدّاً(1)»، وذكر الماتن أنّها مطرحه لم يعمل بها، ويتعيّن أن يكون مراده عدم عمل المشهور، وعلى أىّ تقدير فهى لضعف سندها بعلى بن أبى حمزه البطائنى لا تصلح للاعتماد عليها.

[1] إذا زنا ذميه أو كافره غير ذميه، فالمنسوب إلى المشهور بل ادعى عدم

1- (1) الوسائل: 18، الباب23 من مقدمات الحدود، الحديث 1: 392.

....

الشَرح:

الخلاف أنّ الإمام يتخير بين أن يدفع كلاً منهما إلى أهل نحلتهما ليقيموا عليهما الحد على مقتضى دينهم، وكذا إذا زنى مسلم بذميه أو غيرها يتخير الإمام فى دفع المرأه إلى أهل نحلتها ليقيموا عليها الحدّ على مذهبهم، وبين أن يقيم الإمام الحد عليهما أو عليها على حكم الاسلام.

ويمكن الاستدلال على جواز إقامته الحد بالاطلاق فى مثل قوله تعالى: «الزّانى وَالزَّانِيهُ فَاجْلِدُوا»(1) الآيه فانّ مقتضاها عدم الفرق بين كون أحدهماكافراً أو مسلماً.

ولكن فى موثقه السكونى، عن جعفر بن محمّد عن آبائه عليهم السلام أنّ محمّد ابن أبى بكر كتب إلى على عليه السلام فى الرجل زنى بالمرأه اليهوديه والنصرانيه،فكتب عليه السلام اليه: «إن كان محصناً فارجمه وإن كان بكراً فاجلده مائه جلده ثم انفه، وأمّا اليهوديه فابعث بها إلى أهل ملتها فليقضوا ما أحبوا»(2).

وظاهرها تعيّن الدفع إلى حكامهم ولو يكن فى البين غيرها تعين الأخذ بها، ويرفع اليد عن إطلاق الزانيه فى الآيه المباركه، كما يرفع اليد عنه ما إذا كان كلّ من الزانى والزانيه من أهل الكتاب.

ولكن فى مقابلها صحيحه أبى بصير التى رواها فى الفقيه عن ابن مسكان، عن أبى بصير، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى، قال: قال: «هم سواء ثمان مائه ثمان مائه»، قال: قلت: جعلت فداک ان أخذوا فى بلد

1- (1) النور: 24.
2- (2) الباب 8 من أبواب حد الزنا.

ولا يقام الحدّ على الحامل حتى تضع وتخرج من نفاسها وترضع الولد، ان لم يتفّق له مرضع[1]، ولو وجد كافل جاز اقامه الحدّ.

الشَرح:

المسلمين وهم يعلمون الفاحشه أيقام عليهم الحد؟ قال: «نعم يحكم فيهم بأحكام المسلمين»(1).

وظاهر هذه أيضاً أنّ يتصدى لاجراء الحد عليه، ومقتضى الجمع العرفى بينهما هو رفع اليد عن تعيّن كلّ منهمابقرينه صراحه الأخرى، كما يقضى ذلک أيضاً قوله سبحانه: «فَانْ جاءُوکَ فَاحْکُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ اَعْرِضْ عَنْهُمْ»(2).

ويؤيد جواز إقامه الحد عليهم روايه على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال: سألته عن يهودى أو نصرانى أو مجوسى أخذ زانياً أو شارب خمر ما عليه؟ قال: «يقام عليه حدود المسلمين إذا فعلوا ذلک فى مصر من أمصار المسلمين أو غير أمصار المسلمين إذا رفعوا إلى حكام المسلمين».

ودعوى أنّ الدفع إلى أهل ملتها من الأمر بالمنكر والجائز إعراض حاكم الاسلام، لا يمكن المساعده عليه، حيث إنّ الدفع يمكن أن يكون من الزامهم بأحكامهم.

[1] لا ترجم الحامل حتى تضع حملها وتخرج عن نفاسها وترضع ولدها، إذا توقف حياه الولد على ارضاعه، أو لم يوجد كافل للولد، بل لا تجلد الحامل مع الخوف من جلدها على ولدها حتى تضع حملها كما ذكر، وكأنّه لا خلاف فى ذلک وأمر متفّق عليه الأصحاب .

1- (1) الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 8:162.
2- (2) المائده: 42.

....

الشَرح:

ويشهد لعدم جواز رجمها صحيحه أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «أتت إمرأه أمير المؤمنين عليه السلام فقالت: انى قد فجرت، فاعرض بوجهه عنها، فتحولّت حتى استقبلت وجهه، فقالت: انى قد فجرت فأعرض عنها، ثم استقبلته، فقالت: انى قد فجرت، فاعرض عنها، ثم استقبلته، فقالت: انى فجرت، فأمربها فحبست وكانت حاملاً، فتربّص بها حتى وضعت، ثم أمر بها بعد ذلک فحفر لها حفيره فى الرحبه الحديث»(1).

وموثقه عمار بن موسى الساباطى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سأل عن محصنه زنت وهى حبلى، قال: «تقر حتى تضع ما فى بطنها وترضع ولدها ثم ترجم»(2).

وبما أنّ تاخير رجمها للتحفظ على ولدها، فان توقف التحفظ عليه على ارضاعها اللبن، أو بعده أيضاً لعدم كافل له، تعيّن التأخير.

وممّا ذكر يظهر الحال فى جلدها، فانّه اذا لم يكن من جلده خوف على ولدها اقيم عليها الحدّ، أخذاً بما دل على أنّه ليس فى الحدود نظره ساعه، ومع الخوف يجب التأخير، لما يظهر من الروايتين من لزوم التحفظ على ما فى بطنها وحياه ولدها بعد وضع حملها.

بل لا يبعد أن يقال إنّ الزانيه إذا لم تكن حاملاً ولكن خيف من رجمها على ولدها الرضيع لعدم الكافل له، تعيّن التأخير إلى وجدان الكافل .

ويؤيّد ذلک ما رواه المفيد فى الارشاد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال لعمر

1- (1) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 5: 381.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 4: 381.

ويرجم المريض والمستحاضه[1]، ولا يحلد أحدهما إذا لم يجب قتله،

الشَرح:

وقد أتى بحامل قد زنت فأمر برجمها فقال له، على عليه السلام «هب لک سبيل عليها أيىّ سبيل لک على ما فى بطنها، واللّه يقول: «لا تَزِرُ وازِرةٌ وِزْرَ أُخْرى»»(1)، فقال عمر: لا عشت لمعظله لا يكون لها أبو الحسن، ثم قال: فما اصنع بها يا أبا الحسن، قال: «احتط عليها حتى تلد فاذا ولدت ووجدت لولدها من يكفله فاقم الحد عليها»(2).

ويظهر من عباره الماتن أنّ مع وجدان كافل لولدها لا يتعيّن اجراء الحدّ بل يجوز، ولكن لا يخفى ما فيه، لما تقدّم من عدم جواز التأخير فى إقامه الحدّ.

[1] بلا خلاف معروف أو منقول، فانّ التأخير فى اجراء الحدّ غير جائز، والمطلوب بالرجم موته، فلا يمنع عنه المرض أو الاستحاضه.

نعم ذكر فى المسالک إحتمال جواز التأخير فيما إذا ثبت الزنا الموجب للرجم بالاقرار لاحتمال سقوط الرجم بالرجوع عن الاقرار، وفيه ما لا يخفى، فانّه لو جاز التأخير بعد ثبوت الزنا الموجب للرجم فى المريض ونحوه لجاز التأخير فى الصحيح أيضاً، مع أنّ مقتضى عدم جواز تعطيل الحد وتأخير عدم الفرق بين ما إذا ثبت الموجب بالاقرار أو بغيره.

نعم، إذا لم يكن الحدّ هو الرجم بل الجلد خاصه، فلا يجرى على المريض والمستحاضه خوفاً من السرايه ويتوقع برئها، كما يشهد لذلک معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا يقام الحد على المستحاضه حتى ينقطع الدم عنها»(3).

1- (1) الانعام: 6.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 7: 381.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 321.

ولا رجمه توقيّاً من السّرايه ويتوقع بهما البرء، وان اقتضت المصلحه التعجيل ضرب بالضغث المشتمل على العدد، ولا يشترط وصول كل شمراخ الى جسده[2]،

الشَرح:

وبما أنّ مناسبه الحكم والموضوع إقامه الحدّ عليها بعد إنقطاع الدم للتحفظ على خوف السرايه، تكون مختصه بصوره كون الحدّ جلداً، خصوصاً بملاحظه معتبرته الثانيه المرويه فى الفقيه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل أصاب حدّاً وبه قروح فى جسده كثيره، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : «أقرّوه حتى تبرأ لا تنكؤها عليه، فتقتلوه»(1)، حيث إنّ ظاهرها لزوم التأخير فى اجراء الجلد، للتحفظ على حياته وان لا يقتله الجلد.

[2] ما ذكر قدس سره من أنّه إذا اقتضت المصلحه التعجيل فى الضرب، فرضه وارد فى المريض الذى يأس عن برئه، وفى مثل ذلک يضرب بضغث مشتمل على العدد مرّه واحده.

كما يدل على ذلک صحيحه أبى البقباق عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى رسول اللّه صلى الله عليه و آله : برجل دميم قصير قد سقى بطنه وقد درّت عروق بطنه قد فجر بامرأه: فقالت المرأه: ما علمت به الاّ وقد دخل علىّ، فقال له رسول اللّه صلى الله عليه و آله : أزنيت؟، فقال له: نعم، ولم يكن قد احصن، فصعد رسول اللّه بصره وخفضه ثم دعا بعذق فقده مائه ثم ضربه بشماريخه»(2).

وموثقه سماعه عن أبى عبداللّه، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام عن النبى: «أنّه أتى برجل كبير البطن قد أصاب محرّماً فدعا رسول اللّه صلى الله عليه و آله بعرجون فيه مائه شمراخ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 322.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 13، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 5: 322.

ولا تؤخر الحائض لانّه ليس بمرض، ولا يسقط الحدّ باعتراض الجنون أو الارتداد[1].

الشَرح:

فضربه مرّه واحده، فكان الحد»(1).

ولا يعتبر وصول كل شمراخ إلى جسده، لاطلاق الروايتين، بل لعدم امكانه عاده الواحده.

وفى الجواهر أنّه لو جعل الضغث خمسين يضرب مرتيّن، ولعلّه اولى، ولكن لا يخفى أنّه أولويه فيما ذكره بعد خروجه عن مدلول الروايتين.

نعم يمكن استظهار جوازه من خبر زراره، عن أبى جعفر عليه السلام : «لو ان رجلاً أخذ حزمه من قضبان أو اصلاً فيه قضبان فضربه ضربه واحده أجزأه عن عده ما يريد أن يجلد من عده القضبان»(2)، ولكن فى سندها ضعف، ولم يفرض فيه موجب الحد كما لا يخفى .

ثم إنّ هذا الحكم يثبت فى المريض والمريضه، وأمّا المستحاضه فمقتضى ما تقدم انتظار انقطاع دمها، وأمّا الحائض فلا شىء فى البين يقتضى تأخير اجراء الحدّ عليها إلى ما بعد حيضها، فيؤخذ فى حقها بما دلّ على عدم جواز تأخير الحدود.

[1] عدم سقوط الحد بالارتداد أو بطرو الجنون، سواء كان الجنون ادواريّاً أو مطبقاً، وسواء كان الارتداد فطرياً أو ملياً، للأخذ بالاطلاق فيما دلّ على أنّ المحصن أو المحصنه يرجم وغيرهما يجلد، وما دلّ على عدم الحد على

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 7: 323.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 13، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 8: 323.

وقت إقامه الحد فى الشتاء والصيف

ولا يقام الحدّ فى شده الحر ولا فى شده البرد، ويتوخى به فى الشتاء وسط النهار، وفى الصيف طرفاه[1]،

الشَرح:

المحنون المراد منه الارتكاب حال الجنون، ومع الارتكاب حال العقل وطرو الجنون قبل اجراء الحد يعمه الاطلاق.

ومع الاغماض عن ذلک يشهد له صحيحه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل وجب عليه الحد فلم يضرب حتى خولط، فقال: «ان كان اوجب على نفسه الحد وهو صحيح لا عله به من ذهاب عقل اقيم عليه الحد كائناً وما كان»(1).

ومقتضى الاطلاق فى الجواب عدم الفرق بين حدّ الجلد والقتل، كما أنّ مقتضى اطلاق الشرط فى الجواب عدم الفرق بين الزنا وسائر موجب الحدّ.

[1] قد ذكر ذلک فى كلام جماعه، ويستدلّ على ذلک بان توخّى وسط النهار فى الشتاء وفى الصيف طرفاه من الاحتياط والتحفظ على نفس المحدود، وبروايه هشام بن احمر عن العبد الصالح عليه السلام قال: كان جالساً فى المسجد وأنا مهه فسمع صوت رجل يضرب صلاه الغداه فى يوم شديد البرد فقال: ما هذا؟ قالوا: رجل يضرب، فقال: «سبحان اللّه فى هذه الساعه أنّه لا يضرب أحد فى شىء من الحدود فى الشتاء الاّ فى آخر ساعه من النهار ولا فى الصيف الاّ فى ابرد ما يكون من النهار»(2).

ومقتضى الذيل أنّ المراد من آخر ساعه من النهار ساعه الحراره، كما ورد ذلک فى مرسله أبى داود المسترق عن بعض أصحابنا، قال: مررت مع

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 317.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 316.

ولا فى أرض العدو مخافه الالتحاق[1]،

الشَرح:

أبى عبداللّه عليه السلام وإذا رجل يضرب بالسياط، فقال أبو عبداللّه عليه السلام : «سبحان اللّه فى مثل هذا الوقت يضرب»، قلت له: وللضرب حدّ؟ قال: «نعم إذا كان فى البرد ضرب فى حرّ النهار وإذا كان فى الحرّ ضرب فى برد النهار»(1)، ونحوها مرسله سعدان بن مسلم (2).

ولكن للضعف فى اسناد ما ذكر لزوم رعايتها غير معلوم، نعم إذا كان فى البين الخوف على نفس المحدود فالمتعيّن رعايته.

[1] ظاهر كلام الماتن قدس سره لزوم الترک، وفى كلام جماعه يكره إقامه الحد فى ارض العدّو، ولا يبعد التعيّن فيما احتمل التحاقه بالعدّو، فانّ الغرض من إقامه الحد تأديبه ومنعه عن المنكر، وإقامته عليه فى ارض العدو فيما اوجب التحاقه بهم يوجب نقض الغرض.

وفى موثقه إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام : «لا اقيم على رجل حدّاً بأرض العدو حتى يخرج منها، مخافه أن تحمله الحميّه فيلحق بالعدو»(3)، ومقتضى التعليل عدم البأس باقامته عليه فى ارضهم مع الاطمئنان بعدم ترتب المحذور.

ولا يبعد أن يكون ظهور مخافه أن تحمله الى آخر فى التعليل موجباً لرفع اليد عن اطلاق موثقه أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال، قال أمير المؤمنين عليه السلام :

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 316.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 316.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 34 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 318.

ولا فى الحرم على من التجأ اليه، بل يضيق عليه المطعم والمشرب ليخرج[1].

ويقام على من احدث موجب الحد فيه.

الثانى فى كيفيه ايقاعه.

الشَرح:

«لا يقام على احد حدّ بارض العدو»(1)، من غير ان يحمل على بيان الحكمه فى المنع.

[1] وذلک لقوله سبحانه «وَمَنْ دَخَلَهُ كانَ آمِناً»(2)، وفى صحيحه هشام بن الحكم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يجنى فى غير الحرم ثم يلجأ إلى الحرم، قال: «لا يقام عليه الحد ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلّم ولا يبايع، فإذا فعل به ذلک يوشک ان يخرج فيقام عليه الحد، وان جنى فى الحرم جنايه اقيم عليه الحد فى الحرم فانّه لم ير للحرم حرمه»(3).

وصحيه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن قول اللّه عزّ وجلّ: «وَمَنْ دَخَلَهُ كانَ آمِناً»، قال: «إذا احدث العبد فى غير الحرم جنايه ثم فرّ إلى الحرم لم يسمع لاحد ان يأخذه فى الحرم، ولكن يمنع من السوق ولا يبايع ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلّم، فانّه اذا فعل ذلک يوشک ان يخرج فيؤخذ، واذا جنى فى الحرم جنايه اقيم عليه الحد فى الحرم، لانّه لم يرع للحرم حرمه»(4).

وفى صحيحه معاويه بن عمار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً فى الحل ثم دخل الحرم، فقال: «لا يقتل ولا يطعم ولا يسقى ولا يباع ولا يؤذى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 34 من أبواب مقدمات الطواف ، الحديث .
2- (2) آل عمران: 97.
3- (3) الوسائل: 9، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحديث 5.

4- (4) الوسائل: 9، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحديث 2.

....

الشَرح:

حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد»، قلت: فما تقول في رجل قتل فى الحرم أو سرق؟ قال: «يقام عليه الحد فى الحرم صاغراً، لأنه لم ير للحرم حرمه، وقد قال اللّه عزّ وجلّ: «فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ»»(1)، فقال: هذا هو فى الحرم، وقال: «لا عدوان إلّا على الظالمين»(2).

وفى معتبره القاسم بن محمّد، عن على بن أبى حمزه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن قول اللّه عزّ وجلّ: «وَمَنْ دَخَلَهُ كانَ آمِناً»، قال: «ان سرق سارق بغير مكه أو جنى جنايه على نفسه ففر إلى مكه لم يؤخذ ما دام فى الحرم حتى يخرج منه، ولكن يمنع من السوق فلا يبايع ولا يجالس حتى يخرج منه فيؤخذ، وان احدث فى الحرم ذلک الحدث أخذ فيه»(3).

المراد من الحرم فى هذه الروايات ما هو المعروف بمكه من مسجد الحرام والكعبه، فانّهما المنساق من الحرم من مكه، كما يشير اليه خبر على بن أبى حمزه، واحتمال أن يكون المراد بالحرم مقابل الحلّ غير وارد فى المقام، لعدم مناسبه ما ورد فى الروايات لهذا الاحتمال.

نعم، عن النهايه والتهذيب الحاق حرم النبى صلى الله عليه و آله والأئمه عليهم السلام ، وعن بن حمزه الاقتصار فى الالحاق على حرم النبى، وكلاهما لا يخلو عن التأمل.

وارسل الصدوق قدس سره فى الفقيه: لو انّ رجلاً دخل الكعبه فبال فيها معانداً

1- (1) البقره: 194.
2- (2) الوسائل: 9، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحديث 1.
3- (3) الوسائل: 9، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحديث 3.

المقام الثانى: كيفيه إيقاع حد الزنا

اشاره

اذا اجتمع الجلد والرجم جلد اولاً[1]،

الشَرح:

أخرج من الكعبه والحرم وضرب عنقه، وظاهره عدم جواز إقامه الحد فى الحرم، يعنى الكعبه والمسجد الحرام.

ورواه فى معانى الاخبار عن محمّد بن الحسن، عن الصفار، عن العباس بن معروف، عن عثمان بن عيسى، عن سماعه، قال: سألته وذكر حديثاً يقول فيه : «ولو رجلاً دخل الكعبه فبال فيها معانداً اخرج من الكعبه ومن الحرم وضربت عنقه»(1).

ولا بعد فى الأخذ بظاهرها، بل مع الغضّ عنه يتعيّن ذلک فيما إذا كان الاجراء بغير ضرب العنق ونحوه مظنه التنجيس بخلاف الجلد، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] إذا اجتمعت على أحد حدود بدأ بالحدّ الذى لا يفوت باجرائه عليه الآخر، كما إذا اجتمع عليه الجلد والرجم فيرجم بعد جلده أوّلاً وكذا فيما إذا اجتمع حدّ آخر مع الرجم أو القتل، وهذا الحكم لم يظهر فيه خلاف، والروايات متطابقه على ذلک، مع أنّه مقتضى ما دلّ على أن كلّ موجب له حدّ.

وفى صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام : «أيّما رجل اجتمعت عليه حدود، وفيها القتل، يبدأ بالحدود التى هى دون القتل، ثم يقتل بعد ذلک»(2).

وفى صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يؤخذ وعليه حدود أحدها القتل، فقال: «كان على عليه السلام يقيم عليه الحدود ثم يقتله ولا تخالف علياً»(3).

1- (1) الوسائل: 9، الباب 6 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 4:579.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 15 من ابواب مقدمات الحدود، الحديث 1:325.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 15 من ابواب مقدمات الحدود، الحديث 4:325.

وكذا اذا اجتمعت حدود بدأ بما لا يفوت معه الاخر، وهل يتوقع برء جلده، قيل: نعم[1] تأكيداً فى الزجر، وقيل: لا لان القصد الاتلاف.

الشَرح:

وفى موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام ،قال: «قضى على عليه السلام فيمن قتل وشرب خمراً وسرق فأقام عليه الحد فجلده لشربه الخمر وقطع يده فى سرقته وقتله بقتله».

ومقتضى ما تقدّم عدم الفرق فى البدء بغير القتل ما كان المبدوّ به من حقوق اللّه سبحانه أو من حقوق الناس، نعم، فيما كان عليه القتل حداً وقصاصاً فلا يبعد أن يقال بتقديم ما كان موجبه مقدّماً، وأمّا تقديم حقّ الناس على حق اللّه، ولو مع تأخر موجب حق الناس فلا دليل عليه.

والوجه فى عدم البعد أنّ مع تحقق الموجب الاوّل يتعلق به الحدّ، ولا عذر فى تركه بعد ثبوته، فيكون القصاص غير ممكن، فينتقل الأمر إلى الديه كسائر موارد عدم امكان القصاص.

[1] والقائل الشيخان وجمع آخر على المحكى، وعلّلوا توقع البرء بأنّ الغرض من الحدّ زجر المرتكب وهو آكد بتوقع البرء، وقيل لا يجب التوقع بل هو مستحب، وقيل: لا يجوز لأنّه تأخير فى اجراء الحدّ بعد ثبوت الموجب، ولا نظره فى الحدود، وقد تقدّم أنّ المريض يرجم ولا ينتظربرؤه، والغرض من اجراء الحدّ الثانى اتلاف المرتكب لا زجره ومنعه عن الارتكاب.

وعلى الجمله، مقتضى ما ذكر جواز التأخير فى اجراء الحد، الاّ مع قيام دليل عليه فى مورد فيتبع.

ويدفن المرجوم الى حقويه [1] والمرأه الى صدرها، وان فرّ اعيد ان ثبت

الشَرح:

[1] المنسوب إلى المشهور فى كيفيه الرجم أنّ الرجل يدفن فى الحفيره إلى حقويه، وتدفن المرأه فيها إلى ثدييها، وفى كون الغايه داخلاً فى الحكم بأن تدفن الحقوين أو الثديين أو أنها خارجه عنه عندهم خلاف فى ذلک، ولكن الظاهر عدم دخولها فى الحكم بالدفن، كما هو ظاهر الغايه فى امثال ذلک.

وفى موثقه أبى بصير قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «تدفن المرأه إلى وسطها إذا أرادوا أن يرجموها، ويرمى الإمام ثم يرمى الناس بعده بأحجار صغار»(1).

ونحوها موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «تدفن المرأه إلى وسطها ثم يرمى الإمام ويرمى الناس باحجار صغار، ولا يدفن الرجل إذا رجم الاّ إلى حقوبه»(2).

والظاهر أنّ المراد بالوسط فيهما فوق حقويها المعبر عنه بموضع الثديين، بقرينه صحيحه أبى مريم الانصارى حيث ورد فيها: «انّ أمير المؤمنين عليه السلام أدخلها الحفيره إلى الحقو وموضع الثديين»(3).

الاّ يقال: هذه الصحيحه حكايه فعل لا تكون لها دلاله على تعين ذلک، وأنّ الظاهر من الوسط موضع الحزام، فيكون الحقوان خارجين عن الدفن فى الرجل ومدفونين فى المرأه، ومقتضى اصاله البرائه عدم وجوب الأزيد من ذلک.

بل ربما يناقش فى اصل وجوب الدفن، ويقال بأنّ الثابت جعل المرجوم أو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 1:374.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 3:374.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 5:380.

زناه بالبينه[2]، ولو ثبت بالاقرار لم يعد، وقيل: ان فرّ قبل اصابه الحجاره اعيد.

الشَرح:

المرجومه فى الحفيره لا الدفن، ولكن لا يخفى ما فيه من ظهور ما تقدّم فى الدفن، وأمّا ما حكى عن بعض من تعين الدفن إلى العنق أو التسويه بين المرأه والرجل فى لزوم دفنهما إلى الصدر، فلم يعلم وجه صحيح لأىّ منهما.

وكذا فى المحكى عن ابن أبى حمزه، من أنّ الدفن إذا ثبت الزنا بالبينه، وأمّا فيما كان بالاقرار فلا يجب، ولعلّ ما ذكره ناظر إلى أن الدفن للتحفظ على فراره من الحدّ ومع اقراره لا داعى له إلى الفرار، أو أنّ اقراره المسقط للرجم، ولكن لا يخفى أنّ هذا وجه استحسانى يدفعه اطلاق الموثقين.

وربمّا يجاب عن ذلک بأنّ صحيحه أبى مريم صريحه فى خلافه، حيث انّ المفروض فيها ثبوت الزنا بالاقرار، ولكن اشرنا أنّها من حكايه الفعل، فلا يكون لها دلاله على وجوب الدفن، وانما يستفاد منها مجرد المطلوبيه، وقد ورد فيها خياطه ثوب جديد لها،فراجع.

[2] الظاهر عدم الخلاف فى أنّ مع ثبوت الزنا بالبينه يعاد الفار إلى الحفيره ولا يكون فراره مسقطاً للحدّ، بلا فرق بين أن يكون فراره قبل اصابه شىء من الحجاره لجسده أم بعدها، ويقتضيه ما دلّ على أنّ الزانى أو الزانيه مع الاحصان يرجم أى يقتل بالرجم، وامّا مع ثبوته بالاقرار، فالمنسوب إلى المشهور سقوط الحدّ بالفرار بعد اصابته شىء من الحجاره.

وربما يقال بعدم الفرق فى السقوط بين يفر قبل اصابته الحجاره أم بعدها، ويعلّل بأنّ الفرار رجوع عن الاقرار والرجوع عنه مسقط للرجم.

ويدل عليه أيضاً مرسله الصدوق، قال: سئل الصادق عليه السلام عن المرجوم يفر،

....

الشَرح:

قال: «ان كان أقر على نفسه يردّ، وان كان شهد عليه الشهود يرد»(1).

ولكن لا يخفى أنّ الفرار لا يدلّ على انكاره الارتكاب أو رجوعه عن اقراره والمرسل المزبور لارساله لا يمكن الاعتماد عليه مع معارضته بروايه الحسين بن خالد، قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام : أخبرنى عن المحصن إذا هو هرب من الحفيره هل يردّ حتى يقام عليه الحد؟ فقال: «يرد ولا يرّد»، فقلت: وكيف ذاک؟ فقال: «ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيره بعد ما يصيبه شىء من الحجاره لم يرد، وان كان انما قامت عليه البيّنه وهو يجحد ثم هرب ردّ وهو صاغر حتى يقام عليه الحد، وذلک فانّ ماعز بن مالک أقر عند رسول اللّه صلى الله عليه و آله بالزنا فأمر به ان يرجم، فهرب من الحفره فرماه الزبير بن العوام بساق بعير فعقله فسقط فلحقه الناس فقتلوه، ثم اخبروا رسول اللّه صلى الله عليه و آله بذلک فقال لهم: (فهلّا تركتموه إذا هرب يذهب فانما هو الذى أقر على نفسه، وقال لهم: اما لو كان على حاضراً معكم لما ضللتم)، قال: وودّاه رسول اللّه صلى الله عليه و آله من بيت المال المسلمين»(2).

ومقتضى ما ذكره عليه السلام فى الشرطيه الاولى، من تقييد الفرار بعد اصابه شىء من الحجاره انّ فرار أيضاً كان بعد اصابته، كما يدل على ذلک موثقه أبى العباس.

وأمّا صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام : انّه ان كان اصابه ألم الحجاره فلا يرد وان لم يكن اصابه الم الحجاره يرد»(3)، فلابُدّ من تقييدها بما إذا لم يكن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد الزنا، الحديث 4: 377.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 376.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد الزنا، الحديث 5: 377.

....

الشَرح:

ثبوت الزنا بالبيّنه فانّ ما ورد فى روايه الحسين بن خالد من قوله عليه السلام «وان كان انما قامت عليه البينه وهو يجحد ثم هرب ردّ وهو صاغر»، وان تكون النسبه بينه وبين هذه الصحيحه العموم من وجه، حيث انّ هذه الصحيحه مختصه بصوره الاصابه، ومطلقه من حيث ثبوت الزنا بالاقرار أو البينه، وإنّ الهارب فى هذه الصوره لا يرد، وروايه حسين بن خالد تعنى ما ورد فيها مختصه بصوره ثبوته بالبينه ومطلقه من حيث ان الهرب بعد الاصابه أو قبلها، إلاّ أنّه لابُدّ من تقديم الاطلاق فى روايه حسين، حيث إنّ الأخذ بالصحيحه فى مورد اجتماعهما يوجب بطلان التفصيل فى الروايه بين ثبوت الزنا بالبينه أو بالاقرار.

بقى الكلام فى سند روايه حسين بن خالد، حيث إنّه قد يقال انّه مشترک بين الحسين بن أبى العلاء وبين الحسين بن خالد الصيرفى، ولم يثبت للثانى توثيق ولا مدح، فتقييد الصحيحه بها يكون مشكلاً، ويجاب عن الاشكال بأنّ الحسين بن خالد الخفاف، هو الحسين بن أبى العلاء له كتب ومعروف بكثره روايته وروايه الاجلاء عنه، فيكون اللفظ عند الاطلاق منصرفاً اليه.

ولكن فى النفس من الجواب شىء، وهو انّ المذكور فى سند الروايات الكثيره هو الحسين بن أبى العلاء، والخفاف الثقه معروف بهذا العنوان، وأمّا بعنوان الحسين بن خالد، فلم يعلم معروفيته به حتى ينصرف اللفظ اليه.

نعم، لو كان المروى عنه أبا عبداللّه عليه السلام ، يمكن حمله على أبى العلاء لكثره روايته عنه عليه السلام ، بل لم يثبت أصل روايه الصيرفى عنه عليه السلام ، ولكن المروى عنه فى هذه الروايه هو أبو الحسن عليه السلام .

وأمّا ما ذكرنا سابقاً، من أنّ الراوى عن الحسين بن خالد عمرو بن

....

الشَرح:

عثمان الخزاز، وهذا قرينه على كونه ابن أبى العلاء الخفاف، فقد اعتمدنا على ما استظهره الاردبيلى، ثم راجعنا روايات الحسين بن خالد والحسين بن أبى العلاء ولم نجد وجه لما استظهره.

ولكن مع ذلک لابُدّ من الالتزام بأنّ الهارب من الحفيره إذا ثبت زناه بالبينه يرد، أخذاً بما دلّ على تعين قتله بالرجم، فانّه يدخل فيما دلّ على أنّ المحصن يرجم، واما صحيحه أبى بصير فالوارد فيها الضمير لا الاسم الظاهر، ولعدم ذكر مرجعه يكون مجملاً، فالقدر المتيقن من مرجعه الثابت زناه باقراره، بقرينه موثقه أبى العباس الوارد فيها رمى الزبير الهارب بساق بعير.

هذا كله بالاضافه إلى الرجم، وأمّا بالاضافه إلى الجلد، فان هرب الزانى قبل اصابه الجلد أو بعدها لا يوجب سقوط الحدّ، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «فَاجْلِدوُا كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِأَهَ جَلْدَهٍ»(1).

وفى خبر محمّد بن عيسى بن عبداللّه، عن أبيه قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : الزانى يجلد فيهرب بعد ان اصابه بعض الحدّ أيجب عليه أن يخلّا عنه ولا يرد كما يجب للمحصن إذا رجم؟ قال: «لا ولكن يردّ حتى يضرب الحدّ كاملاً»، قلت: فما الفرق بينه وبين المحصن وهو حدّ من حدود اللّه قال: «المحصن هرب من القتل ولم يهرب الاّ إلى التوبه، لأنّه عاين الموت بعينه، وهذا انما يجلد فلابُدّ من ان يوفى الحدّ لانّه لا يقتل»(2).

1- (1) النور: 2.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 35 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 407.

ويبدأ الشهود برجمه وجوباً، ولو كان مقراً بدأ الامام[1]، وينبغى أن يعلم الناس الشَرح:

[1] المشهور أنّ إذا ثبت زناه بالبينه يبدأ الشهود برجمه، وكذا الحال فى المحصنه، وظاهرهم أنّ الحكم وجوبى، كماأنّه إذا ثبت الزنا بالاقرار يبدأ برجمه الإمام ثم الناس.

ويستدلّ على ذلک بما رواه الكلينى فى الموثق عن صفوان، عمن رواه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا اقر الزانى المحصن كان اوّل من يرجمه الإمام ثم الناس، فاذا قامت عليه البينه كان أوّل من يرجمه البينه ثم الإمام ثم الناس»(1).

ورواه فى الفقيه عن صفوان بن يحيى وابن المغيره، عمن رواه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، ولكن مع ارسال الخبر يشكل الاعتماد عليه، وعمل المشهور به لعله لما ذكر الشيخ قدس سره فى حق جماعه من أنّهم لا يروون الاّ عن ثقه، أو لكون التفصيل يناسب الحكم.

وفى موثقه أبى بصير المتقدّمه قال: قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «تدفن المرأه إلى وسطها إذا ارادوا أن يرجموها، ويرمى الإمام ثم يرمى الناس بعد باحجار صغار»(2)، وكذا فى موثقه سماعه المتقدمه(3).

ومقتضى اطلاقهما عدم الفرق بين ثبوت الزنا بالاقرار أو بالبينه، ويتعيّن فيهما بدء الإمام بالرمى، ولكن قد يشكل فى كون أصل الحكم لزومياً، لأنّ ما ورد فى قضيه ماعز مع اقراره بالزنا عند رسول اللّه صلى الله عليه و آله ظاهره عدم حضوره صلوات اللّه عليه وآله فى رجمه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 374.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 374.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 3: 374.

ليتوفّروا على حضوره[1]. ويستحب أن يحضر إقامه الحد طائفه[2]، وقيل: يجب تمسكاً بالآيه، وأقلها واحد، وقيل: عشره، وخرّج متأخر ثلاثه، ولأوّل حسن.

الشَرح:

ويمكن الجواب بأنّ ما يظهر منه عدم حضوره صلى الله عليه و آله إلى آخر الرمى، مع انّه قضيه فى واقعه، ويمكن أن يكون عدم حضوره لمانع، فالاحوط على الحاكم البدء بالرمى حتى فيما إذا كان الثبوت بالبينه.

[1] ويشهد لاستحباب الاعلام التأسى بفعل أمير المؤمنين ، فانّ أقل مراتبه الاستحباب، بل يأتى ما يدل على عدم وجوب ذلک.

وروى فى الفقيه عن سعد بن طريف، عن الاصبغ بن نباته فى قضيه المرأه التى أتت أمير المؤمنين عليه السلام وأقرت بالزنا أربع مرات فصعد المنبر فقال: «يا قنبر ناد فى الناس الصلاه جماعه»، فاجتمع الناس حتى غصّ المسجد باهله، فقال: «أيّها الناس ان امامكم خارج بهذه المرأه إلى الظهر ليقيم عليها الحدّ ان شاء اللّه تعالى».

[2] المحكى عن الشيخ قدس سره وجماعه استحباب حضور طائفه اقامه الحدّ، خلافاً لجماعه اخرى، حيث التزموا بوجوب الحضور، واستدلّوا بالآيه الشريفه: «وَلْيَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَه»(1)، واختلفوا فى المراد من الطائفه، فعن جماعه انّه الواحد وما زاد، كما فى قوله سبحانه: «وَإِنْ طائِفَتانِ مِنَ المُؤمِنينَ اقْتَتَلوُا»(2)، خصوصاً بملاحظه قوله سبحانه: «فَاَصْلِحُوا بَيْنَ اَخَوَيْكُمْ».

وفى موثقه غياث بن إبراهيم، عن جففر، عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى

1- (1) النور: 2.
2- (2) الحجرات: 9.

وينبغى ان تكون الحجاره صغاراً لئلا يسرع التلف[1]، وقيل: لا يرجمه من اللّه الشَرح:

قول اللّه عزّ وجلّ: «وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِما رأْفَةً فى دينِ اللّه ِ(1)»قال: «فى اقامه الحدود»، وفى قوله تعالى «وَلْيَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَه مِن الْمُؤمنينَ»، قال: «الطائفه واحد»(2).

والمحكى عن الشيخ قدس سره فى الخلاف أنّ أقلّ الطائفه عشره، كما أنّ المحكى عن ابن إدريس اقلهاثلاثه.

ولا يخفى أنّ ظهور وإن لا يساعد اراده الواحد فما زاد، خصوصاً إذا كان المراد من الحضور ولو مباشرتهم الرجم كما هو ظاهر كلامهم، ويظهر من صحيحه أبى بصير الآتيه أنّه ليس بحيث يباين الظهور لئلا يمكن الالتزام به، ويتعيّن طرح الموثقه لعدم اعتبار الخبر المنافى للكتاب، بل هو من قبيل الالتزام بخلاف الظاهر للقرينه التى هى الموثقه، كظاهر شاهد العذاب فى غير المباشر له، فيرفع اليد أيضاً من ظهورها من هذه الجهه.

نعم، ظاهرها كون الحكم الزامياً، وعلى الجمله يجب الحضور لاقامه الحدّ جلداً كان أو رجماً، والمقدار اللازم بحيث يسقط التكليف عن الآخرين حضور الواحد.

[1] الرمى باحجار صغار وارد فى موثقه اسحاق بن عمار عن أبى بصير، حيث ورد فيها: «ويرمى الإمام ثم يرمى الناس بعد باحجار صغار»(3).

وفى موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ثم يرمى الإمام ويرمى الناس باحجار صغار»(4).

1- (1) النور:2.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 5: 370.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 375.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 3: 375.

تعالى قبله حد، وهو على الكراهيه[1].

الشَرح:

ولكن لابُدّ من رفع اليد عن ظهورهما، بحمل الرمى بالصغار من الاحجار على الاستحباب، بقرينه صحيحه أبى بصير المرويه فى تفسير على بن إبراهيم الحاكيه لرجم مولانا أمير المؤمنين عليه السلام ، فانّه صلوات اللّه وسلامه عليه أخذ حجراً فكبّر أربع تكبيرات ثم رماه بثلاثه أحجار فى كل حجر ثلاث تكبيرات، ثم رماه الحسن مثل ما رماه أمير المؤمنين عليهماالسلام ، ثم رماه الحسين عليه السلام فمات الرجل(1)، فانّ الغالب عدم القتل بتسعه احجار صغار.

[1] لم يعرف القائل بعدم الجواز، والمشهور على ما ذكر الكراهه، ولكن قد يقال مقتضى بعض الروايات عدم جواز الرجم ممّن عليه حدّ الرجم بل الحدّ مطلقاً، وفى صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد أقرّ على نفسه بالفجور، فقال أمير المؤمنين عليه السلام لاصحابه: اغدوا غداً على متلثمين، فقال لهم من فعل مثل فعله فلا يرجمه ولينصرف، قال: فانصرف بعضهم وبقى بعضهم فرجمه من بقى منهم»(2).

وفى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتاه رجل بالكوفه فقال: يا أمير المؤمنين إنى زنيت فطهرنى إلى ان قال ثم وضعه فى حفرته واستقبل الناس بوجهه، ثم قال، معاشر الناس إنّ هذه حقوق اللّه فمن كان للّه فى عنقه حق فلينصرف ولا يقيم حدود اللّه من فى عنقه حدّ، فانصرف الناس وبقى هو والحسن والحسين الحديث»(3)، ونحوهما روايه سعد بن طريف، عن الاصبغ بن نباته(4).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 4: 375.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 342.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 342.

4- (4) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 342.

ويدفن إذا فرغ من رجمه ولا يجوز اهماله[1].

الشَرح:

ولا يخفى أنّ ظاهر الصحيحه أنّه لا يحضر اقامه الحد ولا اجرائه غير من ليس فى عنقه حدّ للّه سبحانه من غير فرق بين أن يتوب عن ارتكابه أم لا، ولعلّ رعايه الحكمين معاً لازمه تعسّر إقامه الحدود، ويمكن أن يعد هذا قرينه على الكراهه.

[1] وذلک لأنّ إجراء الحدّ على شخص لا يوجب خروجه عن الاسلام، مقتضى ما دل على وجوب تجهيز الميت المسلم لزوم تجهيز المرجوم، وفى صحيحه أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام : «فادفعوها إلى اوليائها ومروهم أن يصنعوا بها كما يصنعون بموتاهم»(1).

وفى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فمات الرجل فأخرجه أمير المؤمنين عليه السلام فأمر فحفر له وصلى عليه ودفنه، فقيل: يا أمير المؤمنين عليه السلام ألا تغسله؟ فقال: قد اغتسل بما هو طاهر إلى يوم القيامه ولقد صبر على أمر عظيم»(2).

ولكن لابُدّ من أن يكون المراد صوره اغتساله وتكليفه قبل الرجم، كما عليه خبر مسمع بن كردين، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «المرجوم والمرجومه يغسلان ويحنطان ويلبسان الكفن قبل ذلک، ثم يرجمان ويصلى عليهما، والمقتصّ منه بمنزله ذلک يغسل ويحنط ويلبس الكفن ثم يقاد ويصلى عليه»، وقد تكلمنا فى المسأله فى باب تغسيل الاموات.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 16 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 380.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 5: 375.

ويجلد الزانى مجرداً[1]، وقيل: على الحال التى يوجد عليها، قائماً أشد الضرب، وروى متوسطاً ويفرق على جسده، ويتقى وجهه ورأسه وفرجه.

الشَرح:

[1] المحكى عن جماعه والمصرح به فى كلمات جمله من الاصحاب أنّ الرجل الزانى يجلد عارياً مستوراً عورته، ويشهد له موثقه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد؟ قال: «أشد الجلد»، قلت: فمن فوق ثيابه؟ قال: «بل تخلع ثيابه»، قلت: فالمفترى؟ قال: «يضرب بين الضربين جسده كلّه فوق ثيابه»(1).

وفيما رواه صفوان عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد؟ قال: «أشد الجلد»، فقلت: من فوق الثياب؟ قال: «بل يجرّد»(2).

والمنسوب إلى المشهور أنّه يجلد على الحاله التى وجد عليها، فان كان عارياً فيجلد عارياً والا فكاسياً، وهذا فيما لم يمنع الثوب من الم الضرب والا ينزع.

وفى معتبره طلحه بن زيد، عن جففر، عن أبيه عليهماالسلام قال: «لا يجرد فى حد ولا يشنح يعنى يمد، وقال: ويضرب الزانى على الحال التى وجد عليها ان وجد عرياناً يضرب عرياناً، وان وجد وعليه ثياب ضرب وعليه ثيابه»(3).

وبما أنّ المعلوم خروج ما إذا كانت ثيابه مانعه عن وصول ألم الضرب إلى جسده عن فرض هذه المعتبره، لأنّ الجلد مع عدم وصول الألم لا يعدّ عذاباً، فلا تعارض بين الموثقين مع هذه المعتبره فى أنّه وان وجد الزانى عارياً يجلد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 369.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 3: 369.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 7: 370.

....

الشَرح:

عارياً، وانما يتعارضان فيما إذا وجد كاسياً، ولم يكن ضربه كاسياً موجباً للممانعه من وصول الألم، فمقتضاهما النزع والجلد عارياً، ومقتضى هذا الجلد كاسياً، فان لم يمكن حمل الموثقين على صوره عدم وصول الألم لاطلاقهما فيتساقطان فيرجع إلى اطلاقات الجلد.

وأمّا اعتبار قيام الزانى فى جلده، فيدلّ عليه موثقه زراره أو صحيحه عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «يضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأه قاعده ويضرب على كل عضو ويترک الرأس والمذاكير».

وفى روايه الصدوق: «ويترک الوجه والمذاكير»، وقد ورد فى موثقتى إسحاق بن عمار اعتبار أشد الضرب.

ولكن فى مرسله حريز عمن أخبره، عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: «يفرق الحدّ على الجسد كله ويتقى الفرج والوجه ويضرب بين الضربين»(1)، والروايه لارسالها وعدم فرض الزانى فيها لا توجب رفع اليد بها عن ظهور الموثقين، ولا المعارضه بينهما ليرجع إلى الاطلاق.

ثم إنّ ظاهر كلام الماتن كظاهر جمله من الاصحاب لزوم التفريق على جسده، ويدل عليه ظاهر مرسله حريز، وكذا التعليل فيما رواه العلل عن محمّد بن سنان، عن الرضا عليه السلام فيما كتب اليه: «وعله ضرب الزانى على جسده باشدّ الضرب لمباشرته الزنا واستلذاذ الجسد كلّه به»، وشىء منهما لضعفهما سنداً لا يصلح للاعتماد عليه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 369.

سقوط الحد عن البكر عند شهاده أربع نساء ببكارتها وعدم زناها

والمرأه تضرب جالسه، وتربط عليها ثيابها[1]، النظر الثالث فى اللواحق، وهى مسائل عشره: الأوّلى: إذا شهد أربعه على امرأه بالزنا قبلاً، فادّعت أنّها بكر فشهد لها أربع نساء بذلک فلا حدّ، وهل يحدّ الشهود للفريه، قال فى النهايه: نعم، الشَرح:

نعم فى صحيحه زراره: «ويضرب كل عضو ويترک الرأس والمذاكير»، وربمّا يقال بدلالتها على تعيّن التفريق، ولكنه لا يخلو عن تأمّل.

ولا يبعد دعوى ظهورها فى أنّ التفريق لا بأس به، والبأس فى ضرب الرأس والمذاكير لا لزوم التفريق على غير الرأس والمذاكير، والمذكور فى عباره الماتن استثناء الرأس والوجه والمذاكير.

ويمكن ان يكون المراد بكلّ من الوجه والرأس ما يعم الآخر، حيث ان استثناء الوجه مذكور فى نقل الصدوق وفى روايه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «الذى يجب عليه الرجم يرجم من ورائه ولا يرجم من وجهه، لأنّ الرجم والضرب لا يصيبان الوجه وانّما يضربان على الجسد على الاعضاء كلها»(1).

وظاهرها إراده خصوص الوجه، ولكن فى سندها على بن أحمد بن أبى نصر، عن ابيه، وعلى بن أحمد لم يثبت له توثيق، وعلى الجمله الاحوط اتّقاء الرأس والوجه، إمّا لأنّهما مرادان من الوارد فى صحيحه زراره، أو لاحمال الوارد فيها ودرانه بين الرأس والوجه، كما أنّ الأحوط ملاحظه التفريق.

[1] أمّا جلدها وهى جالسه، فقد ورد ذلک فى صحيحه زراره المتقدّمه، حيث ذكر سلام اللّه عليه فيها: «ويضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأه قاعده».

وأمّا شدّ ثيابها عليها، فهذا فيما احتمل انكشاف بعض جسدها عند جلدها،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد الزنا، الحديث 6: 375.

وقال فى المبسوط: لا حدّ لاحتمال الشبهه فى المشاهده والأوّل اشبه[1].

الشَرح:

حيث لا يجوز كشف جسدها ولو بالبسبيب، وقد ورد فى صحيحه أبى مريم من أمر على عليه السلام بخياطه ثوب جديد للمرأه التى اراد رجمها، وحكى عنه عليه السلام أمره بأن يشدّ على الجهنيه ثيابها.

[1] لا خلاف فى المفروض فى عدم الحدّ على المرأه، ويدلّ عليه موثقه اسماعيل بن أبى زياد يعنى السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، عن أبيه، عن على عليه السلام أنّه: «أتى رجل بامرأه بكر زعم انّها زنت، فأمر النساء فنظره اليها فقلن هى عذراء، فقال على عليه السلام : ماكنت لا ضرب من عليها خاتم من اللّه، وكان يجيز شهاده النساء فى مثل هذا»(1)، ووجه الدلاله هو أنّ تعليه عليه السلام عدم اجراء الحدّ عليها يناسب تمام البينه بزناها.

وفى معتبرته الاخرى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام بامرأه بكر زعموا أنها زنت، فأمر النساء فنظرن اليها فقلن هى عذراء، فقال: ما كنت لأضرب من عليها خاتم من اللّه»(2).

وأوضح منهما صحيحه زراره التى رواها الصدوق باسناده اليه، وسنده اليه صحيح عن أحدهما عليه السلام فى أربعه شهدوا على امرأه بالزنا، فقالت: أنا بكر، فنظر اليها فوجدنها بكراً، فقال: «تقبل شهاده النساء»(3).

ثم انّه وإن لم يذكر فى هذه الروايات شهاده أربع نساء، لكن المعتبر من شهاده النساء منفردات شهاده الاربع، كما تقدم فى باب الشهاده، وظاهر الروايات

1- (1) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب الزنا، الحديث 1: 394.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 13: 261.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب الشهادات ، الحديث 44: 267.

عدم اشتراط حضور الشهود عند إقامه الحد

الثانيه: لا يشترط حضور الشهود عند اقامه الحد[1]، بل يقام وإن ماتوا أو غابوا لا فراراً، لثبوت السبب الموجب.

الشَرح:

المزبوره عدم اعتبار شهاده الشهود بزناها فى قبلها أو بزناها من غير تقييد بالقبل، فانّ المنصرف اليه من زناها زناها فى قبلها.

بقى الكلام فى تعلق حدّ القذف بالشهود بزناها، كما هو المحكى عن الشيخ فى النهايه، ومختار الماتن قدس سره وابن إدريس فى كتاب الشهادات ام لا، كما هو المحكى عن الشيخ فى المبسوطه، وعن جماعه عدم الفرق فى عدم تعلق حدّ القذف بين شهادتهم بزناها فى قبلها أو بزناها مطلقاً، فانّه كما لا يجرى على المرأه حدّ الزنا ولو للشبهه الحاصله من شهاده النساء بعذرتها، كذلک لا يتعلّق بشهود زناها حد القذف لاحتمال الشبهه فى مشاهدتهم.

ولعلّ المراد من الشبهه أنّ تعلّق حدّ القذف للشهود لتمام شهاده اربهه رجال، وانما يسقط اعتبارها بالمعارضه بشهاده النساء لاحتمال صدقهم واشتباه النساء، وبتعبير آخر لم يثبت كذب الشهود بقبول شهاده النساء فى سقوط الحدّ عن المشهود عليها بالزنا.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا شهد الشهود بزنا الرجل وشهد شهود أنه محبوب، أو شهدت النساء للمرأه المشهود عليها بالزنا أنها رتقاء، فانّه لا يجرى حدّ الزنا على المشهود عليهما،الا انّه يثبت حد القذف أيضاً للشهود.

نعم إذا كان ثبوت الجب أو كونها رتقاء بحيث لا يحتمل الخلاف، كما إذا كان ذلک بالتواتر، فيمكن الالتزام بتعلّق حدّ القذف بالشهود لفريتهم، واللّه سنحانه هوالعالم.

[1] هذا ظاهر إذا لم يجب على الشهود البدء بلستيفاء الحدّ كما فى الجلد،

الثالث: قال الشيخ: لا يجب على الشهود حضور موضع الرجم[1]، ولعلّ الشبه الوجوب، لوجوب بدأتهم بالرجم.

الشَرح:

فانّ موجب الحدّ بشهادتهم بالزنا محرز، والمكلف بالاستيفاء هو الحكم، واحتمال اشتراط استيفائه بحضورهم مدفوع باطلاقات الجلد.

وأمّا إذا كان بدء الشهود بالاستيفاء واجباً، كما التزم به المشهور فى المحصن إذا ثبت زناه بالبينه، فغايه ما يستفاد من المرسله المتقدمه أن بدأهم واجب فى الاستيفاء الواجب على الحاكم، كما أنّه واجب على نفس الحاكم إذا كان ثبوت الزنا باقرار الزانى أو مطلقاً على ما تقدم.

وإذا سقط وجوب البدء لموتهم أو لغيابهم أو لعذر آخر يكون مقتضى الاطلاق فى وجوب اجراء الحد على الحاكم استيفاء الحد بالمباشره أو بالتسبيب، وقد تقدم أيضاً ما كان ظاهره عدم حضور رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى الرجم.

نعم، لو كان غياب الشهود موجباً لاتهامهم فى شهادتهم، كما إذا فرّوا بعد أداء الشهاده لا يقام الحد على المشهود عليه.

كما ربما يستظهر ذلک من صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل شهد عليه رجلان بالسرقه عند أمير المؤمنين عليه السلام ، فأمرهما بأن يمسک أحدهما يده ويقطعها الآخر ففرّا، فقال: المشهود عليه يا أمير المؤمنين عليه السلام شهد علىّ الرجلان ظلماً، فلما ضرب الناس واختلطوا ارسلانى وفرّا ولو كانا صادقين لم يرسلانى، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : «من يدلانى على هذين انكلهما»(1).

[1] إن كان المراد من حضور موضع الرجم البقاء فيه الى تمام الرجم، فهذا

1- (1) الكافى: 7: 264.

الرابعه: إذا كان الزّوج أحد الاربعه[1]، فيه روايتان، ووجه الجمع سقوط الحدّ ان اختل بعض شروط الشهاده، مثل أن يسبق الزوج بالقذف فيحدّ الزّوج أو يدرأ باللعان ويحدّ الباقون، وثبوت الحدّ إن لم يسبق بالقذف ولم يختل بعض الشرائط.

الشَرح:

غير واجب على الشهود، وان كان المراد الحضور فى موضعه ليبدأوا بالرمى عند الرجم، فوجوبه مبنى على أمرين، احدهما: الالتزام بأنّ الرجم في موارد ثبوته بالبينه يبدأ برمى الشهود، والثانى: وجوب مقدمه الواجب شرعاً، ولأمر الاوّل قد تقدّم التأمّل فيه، والأمر الثانى غير تام، كما ذكرنا فى علم الاصول.

[1] قد تقدّم البحث فى ذلک فى ذيل ثبوت الزنا بالبينه، وذكرنا أنّ مقتضى روايه إبراهيم بن نعيم عن أبى عبداللّه عليه السلام قبول شهاده الزوج، قال: سألته عن أربعه شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: «تجوز شهادتهم»(1).

كما أنّ مقتضى روايه زراره عن أحدهما عليه السلام عدم القبول، قال: فى اربعه شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال: «يلاعن الزوج ويجلد الآخرون»(2).

وهذه الروايه وان كانت أخصّ من الاولى حيث الأمر بلعان زوجها قرينه على فرض الدخول بزوجته بخلاف الاولى فانها مطلقه، إلاّ أنّ هذه أخص لا يفيد فى خروجهما عن المتعارضين، حيث انّ شهاده الزوج لو كانت معتبره ثبت زنا زوجته، فلا يبقى للّعان مورد فانّه فى فرض عدم ثبوت الزنا، وإن لم يكن شهادته معتبره لم يتعلق بزوجته حدّ لعدم ثبوت زناها حتى مع عدم الدخول بها.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب اللعان، الحديث 1: 606.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب اللعان، الحديث 2: 606.

جواز إقامه الحدود اعتماداً بعلم القاضى

الخامسه: يجب على الحاكم اقامه حدود اللّه تعالى بعلمه كحدّ [1] الزنا وأمّا حقوق الناس فتقف إقامتها على المطالبه حداً كان أو تعزيراً.

الشَرح:

وبتعبير آخر اللعان مسقط لحدّ القذف عن الزوج، وحدّ الزنا المحتمل ثبوته عن الزوجه، والدخول بالزوجه موجب لجواز اللعان، لا لخروج عن صلاحيه الشهاده بزنا زوجته.

وقد ذكرنا أنّ الروايه الاولى ضعيفه سنداً فانّ فى سندها عباد بن كثير، والروايه الثانيه فى سندها إسماعيل بن خراش فلا يمكن الاعتماد عليها.

نعم فى صحيحه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام فى أربعه شهدوا على امرأه بفجور أحدهم زوجها، قال: «يجلدون الثلاثه ويلاعنها زوجها ويفرّق بينهما ولا تحل له ابداً»(1).

وهذه الصحيحه تعمّ ما إذا كانت شهاده الزوج بفجورها مع شهاده الباقين أو كانت قبل شهادتهم، بأن سبق منه رمى زوجته بالزنا، فالمتبع اطلاقها.

وإن قلنا تقدّم أنّ الآيه المباركه: «الَّذينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ»(2)، لا تعم شهاده الزوج بزنا زوجته مع بقيه الشهود، وقد تقدّم أيضاً أنّ ما ذكر الماتن فى الجمع بين الروايتين مبنى على تعارض الروايتين، وجعل الآيه المنصرفه الى سبق رمى الزوج زوجته الموجب لاختلال شرط قبول شهادته، قرينه على الجمع بيهما.

[1] فى المقام أمران:

الأوّل: كما أنّ القضاء بين الناس فى المرافعات من وظيفه القاضى الذى تقدّم فى كتاب القضاء بيان الاوصاف المعتبره فيه، كدلک إقامه الحدود على مرتكبى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب اللعان، الحديث 3: 606.
2- (2) النور: 4.

....

الشَرح:

موجباتها من وظيفه.

الثانى: أنّه كما يعتبر قضاؤه بعلمه فى موارد المخاصمات، حتى فيما كانت المراقبه من قبيل دعوى تحقّق الموضوع أو ارتفاعه، حيث إنّ القضاء بالعلم يدخل فى القضاء بين الناس بالعدل وبالحق، وهو يعلم كذلك يجوز له اقامه الحدود بعمله، فانّه بعد البناء على أنّ إقامتها من وظيفته يكون مقتضى اطلاقات خطابات الحدود لزوم اقامتها على مرتكبى موجباتها، كقوله سبحانه: «الزَّانى وَالزَّانِيَهُ فَاجْلِدُوا كُلَّ واحد»(1) إلخ، وشهاده الاربعه أوغيرها كالاقرار من المرتكب طريق الى موجب الحدّ فيما اذا لم يحرز الارتكاب وجداناً.

امّا الأمر الاول، بمعنى أنّ اقامه الحدود والتعزيرات وظيفه الحاكم، ومن ثبت له منصب القضاء، فمجمل القول فيه أنّه لا يحتمل جواز تعطيل الحدود والتعزيرات مع فقد الإمام المعصوم أو المنصوب بالبصب الخاص من قبله، فانهما شرعتا لأمن الناس والممانعه عن انتشار الفساد فى البلاد فى كل العصور والازمنه، كما هو مقتضى اطلاقات خطاباتهما، ولا يحتمل أيضاً أن يجوز لكلّ أحد المباشره لإقامتهما فان ذلک يوجب إنتشار المخاصمات والعداء بين الناس والفساد فى البلاد.

وفى صحيحه داود بن فرقد قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: إن أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله قالوا لسعد بن عباده: أرايت لو وجدت على بطن امراتک رجلاً ما كانت صانعاً به، قال: كنت أضربه بالسيف قال: فخرج رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقال: «ماذا يا

1- (1) النور: 4.

. ...

الشَرح:

سعد»، فقال، سعد: قالوا: لو وجدت على بطن امرأتک رجلاً ما کنت صانعاً به، فقلت: اضربه بالسیف، فقال: «یا سعد فکیف باربعه شهود» فقال: یا رسول اللّه بعد ما رأی عینی وعلم اللّه أنّه قد فعل، قال: «أی واللّه بعد رأی عینک وعلم اللّه ان قد فعل، أن اللّه جعل لکل شیء حدّاً وجعل لمن تعدی ذلک الحدّ حدّاً(1).

والمستفاد منها أنّه لا یجوز للرعیه التعدی لاجراء الحدّ، بل لابُدّ من ثبوت موجبه عند الحاکم.

ویدلّ علی أنّ اقامتها کالقضاء من وظیفته موثقه السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام : «انّه کان لا یجیز کتاب قاض الی قاض فی حدّ ولا غیره(2) الحدیث».

فانّه لو لم تکن الحدود بید القضاه لم یکن للمنع عن اعتبار الکتابه معنی، وفی خبر حفص بن غیاث قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام قلت: من یقیم الحدود السلطان أو القاضی؟ فقال: «اقامه الحدود الی من الیه الحکم»(3).

وعلی الجلمه، القدر المتیقن ممنّ له اقامه الحدود هو الفقیه المنصوب للقضاء ولو بالنصب العام، الذی ذکرناه فی باب القضاء، مع تمکنه من اقامتها، وهذا بالإضافه الی الحدود التی من حقوق اللّه کحدّ الزنا، وامّا ما کان من حقّ الناس، سواء کان حدّاً کحد القذف أو التعزیر کشتم شخص فاستیفائهما یتوقف علی مطالبه من له الحق.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث 1: 310.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعاوی، الحدیث 1: 218.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعاوى ،الحديث 1: 220.

السادسه: إذا شهد بعض وردّت شهاده الباقين، قال فی المبسوط والخلاف: ان ردّت بأمر ظاهر حدّ الجميع[1] وان ردّت بأمر خفی فعلی المردود الحد دون الباقين، وفيه اشكال من حيث تحقق القذف العاری عن بينه، ولو رجع واحد بعد شهاده الاربع حدّ الراجع دون غيره.

الشَرح:

كما يدل على ذلک ما فی صحيحه الفضيل عن أبی عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: «واما حقوق المسلمين فاذا أقرّ علی نفسه عند الامام بفريه لم يحده حتی يحضر صاحب الفريه أو وليّه، وإذا أقرّ بقتل رجل لم يقتله حتی يحضر اولياء المقتول فيطالبوا بدم صاحبهم»(1).

وفی صحيحه الفضيل بن يسار عن أبی عبداللّه عليه السلام : «من أقرّ علی نفسه عند الامام بحق أحد من حقوق المسلمين فليس علی الإمام ان يقيم عليه الحدّ الّذی أقرّ به عنده حتی يحضر صاحبه حق الحد أو وليه ويطلبه بحقه(2).

[1] والوجه فی ذلک أنّ مع ظهور موجب الردّ كالعمی فی بعضهم، بناءً علی اعتبار الشهاده بالرؤيه كالميل فی المكحله أو الفسق الظاهر، لا يكون شهاده الباقين من شهاده الاربعه بالزنا الموجبه لانتفاء القذف، وهذا بخلاف ما إذا كان ردّ شهاده البعض لأمر خفی، فانّه مع عدم اطلاع الباقين بذلک الأمر الخفی لا تكون شهادتهم مع شهادته إلاّ العمل بما عليهم من الشهاده حسبه.

نعم، يتعلق بالمردود شهادته الحدّ، حيث انّه يعلم علی صفه يحسب شهادته قذفاً، ولكن فی التفصيل المزبور اشكال، لانّه مع عدم ثبوت الزنا يحسب شهاده كل واحد قذفاً، والقذف موجب لحدّه، وفی روايه أبی بصير عن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود ،الحديث 1: 344.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود ،الحديث 2: 344.

جواز قتل الزوج الزانى بزوجته مع زوجته

السابعه: إذا وجد مع زوجته رجلاً يزنى فله قتلهما ولا أثم[1]، وفى الظاهر عليه القود إلاّ أن يأتى على دعواه ببينه أو يصدقه الولى.

الشَرح:

أبى عبداللّه عليه السلام فى أربعه شهدوا على رجل بالزنا فلم يعدلوا، قال: «يضربون الحدّ».

نعم، إذا شهد الشهود بالزنا ورجع بعضهم عن شهادته لا يتعلق حدّ القذف بغير الراجع لثبوت الزنا بشهادتهم ورجوع البعض، وان يوجب سقوط الحدّ عن المشهود عليه، الغير بالزنا، بلا فرق بين رجوعه بعد حكم الحاكم بمقتضى شهادتهم أو قبله، لأنّ الموجب لانتفاء القذف تحقّق الشهاده المسموعه لا تحقّق الحكم على طبق شهادتهم.

بل ذكرنا فى باب رجوع الشاهد عن شهادته أنّ الموجب لاجراء الحدّ ثبوت الارتكاب للحاكم، ولا اثر لحكمه بعد ثبوته، وذكرنا ما يصحّ أن يقال فى وجه سقوط الحدّ عن المشهود عليه بعد رجوع بعض الشهود.

وعلى كلّ تقدير يتعلّق بالراجع حدّ القذف، لأنّ رجوعه عن شهادته السابقه اعتراف بأنّها كانت رمى الغير بالزنا.

[1] وهذا هو المحكى عن الشيخ قدس سره وجماعه، بل المنسوب الى المشهور، ومقتضى إطلاق الكلمات عدم الفرق بين إحصانهما وعدمه، وعن ابن إدريس تقييد الحكم بصوره احصانهما، كما أنّ مقتضى اطلاقهم عدم الفرق بين كون الزانى حرّاً أو عبداً، والزوجه حرّه أو أمه، بل عدم الفرق بين كون القاتل زوجاً لها بالعقد الدائم أو المنقطع، فيجوز له قتلهما حال وجدانهما على الفجور أم بعد ذلک.

ويقع الكلام فى مقامين:

الاوّل: فى انّه يجوز للزوج قتلهما وانّه لا شىء عليه واقعاً، لا القود ولا الأثم.

....

الشَرح:

والثانى: انّه إذا لم يتمكن من إثبات فجورهما عند الحاكم لعدم الشهود وعدم اعتراف اوليهما، يتعلّق على الزوج القود بحسب قوانين القضاء.

أمّا المقام الاوّل: فقد يستدلّ على الجواز بما ورد فيمن اطلع على دار قوم من أن عينيه مناحان لأهل الدار، وأنّه يجوز لهم جرحه، وانّ من دخل دار قوم بغير إذن أهلها فدمه مباح.

ففى صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «عوره المؤمن على المؤمن حرام، وقال: من اطّلع على مؤمن فى منزله فعيناه مباحه للمؤمن فى تلك الحال، ومن دمّر على مؤمن بغير إذنه فدمه مباح للمؤمن فى تلك الحاله»(1).

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أيّما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر الى عوراتهم ففقؤوا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم، وقال: من اعتدى فاعتدى عليه فلا قود له»(2).

وفى روايه العلاء بن الفضيل عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا اطلع رجل على قوم يشرف عليهم أو ينظر من خلال شىء لهم فرموه فأصابوه فقتلوه أو فقؤوا عينه فليس عليهم غرم»(3).

ويقال: إذا جاز فقأً عين المطلع وجرحه أو قتله جاز القتل بالفجور، ولكن لا يخفى هذه الروايات وارده فى الدفاع عن العرض وترخيص للممانعه عن اطلاع الغير بعوراتهم.

1- (1) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2، 4، 6، 7: 48 50.
2- (2) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4، 6، 7: 48.
3- (3) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 6: 48.

....

الشَرح:

وفی موثقه عبید بن زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «اطلع رجل علی النبی صلی الله علیه و آله من الجرید، فقال له النبی صلی الله علیه و آله : لو اعلم أنّک تثبت لی لقمت الیک بالمشقص حتی افقأ به عینیک قال: فقلت له: وذاک لنا، فقال: ویحک أو ویلک - أقول لک إنّ رسول اللّه فعل وتقول ذاک لنا»(1).

وعلی ظاهر هذه وما قبلها أنّ فقأ عین المطلع أو جرحه للممانعه والدفاع عن العرض، وقد قیّد الأصحاب الدفاع بما إذا لم ینفع الزحر، ویأتی الکلام فیه فی بحث الدفاع، وهذا لا ینطبق علی ما یذکر فی المقام، ومن جواز أن یقتل الزوج الزانی وزوجته المزنی بها حال الفجور أو بعده.

وممّا ذکر یظهر المناقشه فی الاستدلال علی ما علیه المشهور کما قیل، بما ورد فی جواز الدفاع عن العرض، کصحیحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول فی رجل أراد أمرأه علی نفسها حراماً فرمته بحجر فاصابت منه مقتلاً قال: «لیس علیها شیء فیما بینها وبین اللّه عزّ وجلّ، وان قدّمت الی امام عادل أهدر دمه»(2).

وعلی الجمله، الدفاع عن العرض بل وجوبه ولو أدّی ذلک بقتل المعتدی، کمن دخل دار شخص للاعتداء علی بنته أو زوجته ولو بتقبیلهما أمر جائز، فانّ الدّفاع بقتل المعتدی فی الدّفاع عن ماله جائز، فکیف فی دفاعه عن عرضه.

والکلام فی المقام فی غیر مورد انطباق عنوان الدفاع عن العرض، کما هو ظاهر الفرض، فانّ القتل فی المقام یعمّ ما إذا کان بعد العمل ولم یکن الفجور

1- (1) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 7: 48.

2- (2) الوسائل: 19، الباب 23 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 46.

....

الشَرح:

بالدخول فی داره، والقتل فی المقام کانه انتقام وجزاء لهتک عرضه.

نعم، یستدل للجواز بروایه سعید بن المسیّب أنّ معاویه کتب الی أبی موسی الاشعری أنّ ابن أبی الجسرین وجد رجلاً مع أمرأته، قال: فاسأل لی علیّاً عن هذا، قال أبو موسی: فلقیت علیّاً فسألته الی ان قال فقال: «انا أبو الحسن ان جاء باربعه یشهدون علی ما شهد فهو والاّ دفع برمتّه»(1).

فانّها ظاهره فی جواز قتل الزانی بأمراته، بل لا یبعد شمولهما إذا کان قتله بعد فجوره بها ولو بمده، ولکنها ضعیفه سنداً، ودعوی انجبار ضعفها بعمل المشهور لا یمکن المساعده علیها، لاحتمال أنّ فتوی البعض للاعتماد علی الروایات المتقدّمه، مع أنّ فتواهم جواز قتل الزانی وزوجته المزنی بها، مع أنّ الروایه ظاهرها قتل الزانی.

نعم، عن الشهید فی الدروس: روی أنّ من رأی زوجته تزنی فله قتلهما(2)، ولکن غایته أن تحسب هده روایه مرسله لم توجد فی کلام من تقدم علیه.

ومع الغضّ عما ذکر فقد یقال: انّ صحیحه داود بن فرقد تعارضها، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «ان اصحاب رسول اللّه صلی الله علیه و آله قالوا لسعد بن عباده: أرایت لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کنت صانعاً به، قال: کنت أضربه بالسیف، قال: فخرج رسول اللّه صلی الله علیه و آله فقال: ماذا یا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت علی بطن امراتک رجلاً ما کنت صانعاً به، فقلت: اضربه بالسیف، فقال: یا سعد کیف باربعه شهود؟ فقال: یا رسول اللّه بعد ما رأی عینی وعلم اللّه ان قد فعل،

1- (1) الوسائل: 19، الباب 69 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 2:102.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 45 من أبواب حد الزنا، الحدیث 413.

الثامنه: من افتض بكراً باصبعه لزمه مهر نسائها[1]، ولو كانت أمه لزمه عشر قيمتها، وقيل: يلزمه الارش، والأوّل مروى.

الشَرح:

قال، اى واللّه رأى عينک وعلم اللّه ان قد فعل، ان اللّه جعل لكل شىء حدّاً وجعل لمن تعدى ذلک الحد حدّاً»(1).

ولكن يمكن أن يقال: انّه لو تم أمر السّند فى روايه سعيد بن المسيب كان مقتضى الجمع بيهما وبين هذه الصحيحه حمل هذه على أنّ قتل الزانى بزوجته بلا شهود أربعه غير جائز، لا لانّ قتله فيما بينه وبين اللّه غير جائز بل بما هو تعزير النفس وارتكاب ما يوجب القود عليه بحسب قوانين القضاء.

لا يقال،: يجرى ذلک، أى عدم جواز تعزير النفس، فى ظاهر الشرع فى موارد الدفاع عن العرض والمال.

فانّه يقال: إذا انطبق على قتل المعتدى عنوان الدفاع مع توقفه عليه فالتعزير المزبور مرخص فيه، بخلاف رؤيه الزانى بزوجته، فانّه لا يجوز، كما هو مقتضى الجمع بين الروايتين .

واما المقام الثانى: فيظهر الحكم فيه مما سبق بان تعلق القود على الزوج انما هو بحسب قوانين القضاء وارتكابه ما يوجب القود على ما هو مقتضى الجمع بين الروايتين بناءً على تماميه سند روايه سعيد بن المسيب، لا لان قتل الزانى بالزوجه فيما بينه وبين اللّه غير جائز.

[1] ظاهر ما ذكره فى المتن لا يرتبط بمسائل حدّ الزنا، ولعلّه سقط عن قلمه ذكر الحد أو التعزير، وكيف كان افتضاض البكر الحره واذهاب بكارتها بالاصبع أو بغيره يوجب ضمان مهر المثل على الفاعل، ولم يظهر فى ذلک خلاف.

1- (1) الوسائل: 19، الباب 2 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1:309.

....

الشَرح:

ويدلّ عليه عده روايات كصحيحه عبداللّه بن سنان وغيره عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأه افتضّت جاريه بيدها قال: «عليها المهر وتضرب الحدّ»(1).

وفى صحيحته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام : قال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه افتضت جاريه بيدها، قال: عليها مهرها وتجلد ثمانين»(2).

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام «إنّ علياً عليه السلام رفع اليه جاريتان دخلتا الحمام فافتضت أحدهما الاخرى باصبعها، فقضى على التى فعلت عقلها»(3)، والعقل هو الصداق فى ذهاب العذرء بغير جماع.

وفى صحيحه معاويه بن وهب عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث طويل: «إنّ امرأه ادعت نسوه فأمسكن صبيه يتيمه بعد ما رمتها بالزنا وأخذت عذرتها باصبعها، فقضى أمير المؤمنين عليه السلام أن تضرب المرأه حدّ القاذف والزمهن جميعاً العقر، وجعل عقرها اربعمائه دراهم»(4).

وهذه قضيه فى واقعه، والتحديد بالاربعمائه لعلها بمقدار مهر امثالها، يستفاد منها أنّ الاشتراک فى الافتضاض ولو بامساک البكر يوجب الاشتراک فى ضمان المهر، ولعلّ الحدّ فى صحيحه عبداللّه بن سنان يختص بصوره القذف، بقرينه أنّ الفعل المزبور إذا صدر عن المرأه يكون لاتّهام الجاريه كما هو ظاهر صحيحه معاويه بن وهب، وإلاّ لم يحک الحدّ بالثمانين أو بالمائه فى مجرد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 39 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 409.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 39 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 409.
3- (3) الوسائل: 19، الباب 45 من أبواب ديات الاعضاء، الحديث 1:270.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب النكاح المحرم ، الحديث 2: 239.

حد من تزوج أمه على حره بغير إذنها

التاسعه: من تزوج أمه على حرّه مسلمه فوطئها قبل الاذن، كان عليه ثمن حدّ الزانى[1].

الشَرح:

الافتضاض، ويمكن أن يكون المراد بالحدّ التعزير وذكر فى الجواهر: لو كان المفتض الزوج فعل حراماً، وقال بعضهم وعزّر واستقر المسمى، فتأمل.

أقول: لعّل أمره بالتأمل ناظر الى استقرار المهر المسمى، فانّه لا ينبغى التأمل فى حرمه فعله واستحقاقه التعزير، لكون الافتضاض بالاصبع يحسب من الجنايه على الباكره لا الاستمتاع ببعضها، فيوجب ذلک استقرار مهر المثل على زوجها أيضاً، واستقر المهر المسمى يكون بدخوله بها، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] ذكر ذلک جماعه وقالوا: انّ وط ء الأمه النّى تزوج بها على حرّه مسلمه قبل الاذن واجازه الحره، يوجب تعلّق ثمن حدّ الزنا بالزوج الواطى.

ويستدل على ذلک بروايه حذيفه بن منصور، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل تزوّج أمه على حرّه لم يستاذنها، قال: «يفرق بينهما» قلت: عليه أدب؟ قال: «نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزانى وهو صاغر»(1).

وروايه منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن رجل تزوج أمه على مسلمه ولم يستأمرها، قال: «يفرّق بينهما»، قلت: فعليه أدب؟ قال: «نعم اثنا عشر سوطاً ونصف من حد الزانى وهو صاغر»(2).

وبما أنّ فى الروايتين غير مفروض فاعتبارهم الوط ء، خصوصاً بملا حظه الأدب والتعزير، حيث إنّ مجرد انشاء عقد النكاح لا يكون محرّماً تكليفاً ليثبت فيه الأدب أو الحدّ.

1- (1) الوسائل: 14، الباب 47 من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث 2: 394.
2- (2) الوسائل: 14، الباب 7 من أبواب ما يحرم بالكفر، الحديث 4: 419.

....

الشَرح:

ومع ذلک لا يمكن الالتزام بذلک، لأنّ نكاح الأمه بلا إذن الحره محكوم بالبطلان، فلابُدّ فى صحته من إذنها أو اجازتها، كما هو ظاهر ما ورد فى نكاح الأمه على الحره، وعليه فان كان الرجل عند وط ء الأمه عالماً بفساد نكاحها، ومع ذلک أقدم بوطيها، فلابُدّ من ثبوت حدّ الزنا لا الأدب بثمن حد الزانى، وإن كان جاهلاً فالتعزير لا بأس به.

ولكن تجديده بثمن حدّ الزنا لا يتمّ لضعف الروايه الاولى، فانّ فى سندها احمد بن عوذه، عن إبراهيم بن إسحاق، والثانى ضعيف ومع ضعفه لا يفيد دعوى كون الأوّل من المعاريف، أنّه احمد بن بصر بن سعيد البابلى أو الباهلى، والروايه الثانيه مع ارسالها لا يمكن الاستدلال بها على حكم الأمه، فانّ الشيخ رواها ومتنها: «تزوج أمه على مسلمه»، والكلينى رواها: «تزّوج ذميه على مسلمه» ولو لم يكن الصحيح نقل الكلينى بقرينه: «على مسلمه» فلا اقلّ من الاجمال.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لو بنى على صحه تزويج الأمه على الحره، وانّ للحره حل النكاح وفسخه، وحرمه وط ء الرجل الأمه قبل اجاره الحره ورضاها أيضاً، لا يمكن تحديد التعزير على الوط ء بثمن حدّ الزنا.

ويجرى ما ذكرنا فى النكاح الذميه على المسلمه بغير اذن المسلمه ورضاها، فانّه لو قلنا ببطلان التزويج المزبور فوطيها مع العلم ببطلان النكاح يوجب حدّ الزنا، ومع الجهل فلا يبعد الالتزام بالتعزير.

ولكن فى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل تزوّج ذميه على مسلمه، قال: «يفرّق بينهما ويضرب ثمن حد الزانى اثنا عشر سوطاً ونصفاً، فان رضيت المسلمه ضرب ثمن الحدّ ولم يفرّق بينهما»، قلت: كيف يضرب

حد الزنا فی مکان أو زمان شریفین

والعاشره: من زنی فی شهر رمضان، نهاراً کان أو لیلاً، عوقب زیاده علی الحدّ لانتهاکه الحرمه، وکذا لو کان فی مکان شریف أو زمان شریف[1].

الشَرح:

النصف؟ قال: «یوخذ السّوط بالنصف».

ویؤیّده روایه منصور بن حازم المتقدّمه، بناءً علی روایه الکلینی، کما نفینا عنها البعد، فلابُدّ علی القول ببطلان النکاح عن حمل ثمن حدّ الزانی علی تحدید التعزیر فی صوره الجهل بالحکم.

نعم، بناءً علی الالتزام بصحه النکاح وانّ للمسلمه فسخه وابطاله وحرمه وطیها قبل الاستیذان ورضاها، فلا موضوع لتعلق حدّ الزنا.

[1] ویستدلّ علی ذلک بأنّ انتهاک حرمه الشهر أو المکان الشریف کالمساجد والمشاهد المشرفه، أو الزمان الشریف، عنوان آخر یوجب زیاده الحدّ بثبوت التعزیر معه، وبما ورد فی مرفوعه جابر عن أبی مریم قال: أتی أمیر المؤمنین علیه السلام بالنجاشی الشاعر وقد شرب الخمر فی شهر رمضان، فضربه ثمانین ثم حبسه لیله ثم دعا به من الغد فضربه عشرین، فقال له: یا أمیر المؤمنین ضربتنی ثمانین فی شرب الخمر وهذه العشرون ما هی، قال: «لجرئتک علی شرب الخمر فی شهر رمضان»(1).

حد الزنا بالمرأه المیته

ثم انه لا فرق فی تعلق الحدّ بالزانی جلداً أو رجماً، بین زناه بالمرأه الحیه أو المیته، فان کان محصناً رجم وان کان غیرمحصن جلد.

وکان علی الماتن قدس سره جعل ما ذکرنا المسأله الحادیه عشر، وإن کان الاطلاق فی تعلّق الحدّ بالزانی جلداً أو رجماً کان کافیاً فی افاده عدم الفرق، ولعلّ دعوی

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 474.

....

الشَرح:

الاجماع وعدم الخلاف فى الحكم لاستظهار الاطلاق من كلمات الاصحاب، كما هو الحال فى اطلاق مادلّ على حدّ الزانى المحصن وغيره.

ويدلّ عليه ايضاً ما رواه الكلينى قدس سره عن على بن إبراهيم، عن ابيه، عن آدم بن إسحاق، عن عبداللّه بن محمّد الجعفى، قال: كنت عند أبى جعفر عليه السلام وجاءه كتاب هشام بن عبدالملک فى رجل نبش قبر امرأه فسلبها ثيابها ثم نكحها فانّ الناس قد اختلفوا علينا، طائفه قالوا اقتلوه وطائفه قالوا احرقوه، فكتب اليه أبو جعفر عليه السلام : «إنّ حرمه الميت كحرمه الحى تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب، ويقام عليه الحد، فى الزنا ان احصن رجم وان لم يكن أحصن جلد مائه»(1).

ونحوها ما رواه المفيد فى كتاب الاختصاص عن على بن إبراهيم بن هاشم، عن أبيه، قال: «لما مات الرضا عليه السلام حججنا فدخلنا على أبى جعفر وقد حضر خلق من الشيعه الى ان قال فقال أبو جعفر عليه السلام : «سئل أبى عن رجل نبش قبر امرأه فنكحها، فقال ابى يقطع يمينه للنبش ويضرب حدّ الزنا، فان حرمه الميّته كحرمه الحيه»(2)، وللمناقشه فى سندهما تصلحان للتأييد.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 511.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 6: 511.

ص :160

تعريف اللواط

أمّااللّواط.

فهو وطى ء الذكران بايقاب وغيره[1]، وكلاهما لا يثبتان الاّ بالاقرار أربع

الشَرح:

[1] إذا كان وقاع ذكر بين اليتى ذكر آخر مع الايقاب والثقب، فلا ينبغى التأمّل فى كونه ظاهر لفظ اللواط المترّتب عليه ما يأتى .

وأمّا إذا لم يكن فى البين ايقاب وثقب، فهو وإن كان محرماً بلا شبهه إلاّ أنّ اللواط منصرف عنه، ولا اقلّ من عدم ظهوره فيه ايضاً، كرروايه أبى بكر الحضرمى بين الفرضين.

ولعل تعميم الماتن قدس سره اللواط الفرضين مستند الي ما يستظهر من بعض الروايات، كروايه أبى بكر الحضرمى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام بأمرأه وزوجها قد لاط بابنها من غيره وثقبه، وشهد عليه بذلک الشهود، فأمر به عليه السلام ، فضرب بالسيف حتّى قتل وضرب الغلام دون الحدّ، وقال: اما ما كنت مدركاً لقتلتک لا مكانک ايّاه بنفسک بثقبک»(1).

ووجه الاستظهار أنّه لو لم يكن اللواط بلا ثقب لم يكن وجه لذكر الثقب فى السؤال بعد فرض وقوع اللواط، ولكن لا يخفى لو سلّم ظهورها فى استعمال اللواط فى مطلق الوقاع بين اليتى ذكر ولو مع عدم الثقب، كما هو مقتضى ذكر الثقب بعد فرض اللواط، فلا يوجب ذلک ظهور لفظ اللواط فى العموم وعدم انصرافه الى فرض الثقب .

وامّا ما فى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال أمير المؤمنين عليه السلام :

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد اللواط، الحديث 1: 418.

مرّات[2]، أو شهاده رجال بالمعاينه.

الشَرح:

اللواط ما دون الدبر والدبر هو الكفر»(1)، وروايه حذيفه بن منصور قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن اللواط؟ فقال: «ما بين الفخذين»، وسألته عن الذى يوقب، فقال: «ذاک الكفر بما انزل اللّه على نبيه»(2).

فظاهرهما أنّه تنزيل بلحاظ العقوبه وتشديد فى تحريم الايقاب والثقب، والاّ فمجرّد الايقاب والثقب لا يوجب الارتداد ولا يتعلق حدّ الارتداد، كما أنّه لا يترتّب على مثل التفخيذ من غير حدّ الايقاب.

نعم، لا تأمّل فى حرمته ايضاً، وتعلّق الحدّ به ولكنّه غير حدّ اللواط.

ثم إنّه قد يقال: أنّه لا يعتبر فى الايقاب والثقب المترتب عليه الحد الآتى وغيره من الاحكام، من تحريم أُم الملوط واخته وبنته ادخال تمام الحشفه، بل يكفى فى ترتب ما ذكر الادخال ولو ببعضها لأنّ الايقاب بمعنى الادخال، وهو يصدق مع دخول بعضها.

ولكن يمكن المناقشه فيه، بأنّ المرتكز فى الاذهان من الدخول والثقب ما حدّد به موجب الغسل واستقرار المهر وتعلّق حدّ الزنا.

[2] لا ينبغى التأمّل فى أنّ اللواط بالمعنى المتقدّم المترتب عليه الحدّ الآتى وغيره من الأحكام لا يثبت إلاّ بالاقرار به بأربع مرّات أو تمام شهاده الاربعه، وهذا أمر متفّق عليه بين الاصحاب .

وفى صحيحه مالک بن عطيه عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «بينما أميرالمؤمنين عليه السلام فى ملاء أصحابه إذ أتاه رجل، فقال: يا أميرالمؤمنين إنى أوقبت

1- (1) الوسائل: 14، الباب20 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 2: 257.

2- (2) الوسائل: 14، الباب20 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 3: 257.

....

الشَرح:

على غلام فطهّرني، فقال له: يا هذا إذهب إلى منزلک لعلّ مراراً هاج بک، حتّى فعل ذلک ثلاثاً بعد مرّته الاولى، فلمّا كان فى الرابعه قال له: يا هذا إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله حكم فى مثلک بثلاثه أحكام، فاختر أيهّن شئت، قال: وما هنّ يا أمير المؤمنين ، قال: ضربه بالسيف فى عنقک بالغه ما بلغت، أو اهداب من جبل مشدود اليدين والرجلين، أو احراق بالنّار الحديث»(1).

فانّها ظاهره فى اعتبار بأربع مرات، حيث إنّه لو كان يثبت بالاقرار ثلاثا مثلاً لم يكن وجه لتأخير ما ذكره عليه السلام الى عقيب الرابعه، وقد تقدّم فى بحث ثبوت الزنا بالاقرار أنّ كلّ اقرار يحسب شهاده، ومقتضاه أن لا يثبت اللواط بأقلّ من شهاده الاربع.

أضعف الى ذلک أنّه لا يثبت موجب الحد بأقلّ من الاقرار باربع مرات، ويثبت بشهود أقلّ، حيث إنّ الاقرار، كما هو مقتضى استقصاء موارده يثبت بعض موجب الحد أو جلّه بالمره الواحده، ولا يثبت موجب حدّ بشهاده عدل واحد هذا كلّه بالاضافه إلى ثبوت اللواط بالمعنى المتقدم، وأمّا ثبوت ما أدخله الماتن وبعض آخر فى معنى اللواط، فعدم ثبوته إلاّ بالاقرار أربع مرات أو بشهاده الاربعه فاتمامه بالدليل مشكل، بعد ثبوت الاطلاق فى اعتبار الاقرار ولو بمره واحده، وكذا فى ناحيه اعتبار البينه المنصرفه الى شهاده العدلين.

وعلى الجمله، الذى لا يثبت بأقلّ من شهاده الاربعه هو اللواط الموجب للقتل بالضرب بالسيف فى عنق اللائط أو باهداره أو حرقه، بناءً على أنّه موجب

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد اللواط، الحديث 1: 422.

ويشترط في المقر البلوغ، وكمال العقل، والحريه، والاختيار، فاعلاً كان أو مفعولاً ولو أقر دون أربع لم يحدّ وعزر[1]، ولو شهد بذلک دون الأربعه لم يثبت الشَرح:

للحدّ المزبور مطلقاً، ولو كان اللائط غير محصن كما يأتى، وان بنى أنّ غير محصن لا يقتل بل يجلد، كالزانى غير المحصن، فلابُدّ فى ثبوته أيضاً الاقرار بأربع مرات أو شهاده أربعه رجال.

كما يدلّ على ذلک مثل قول أبى عبداللّه عليه السلام فى صحيحه حريز المرويّه عن تفسير على بن إبراهيم: «القاذف يجلد ثمانين جلده ولا تقبل له شهاده ابداً إلاّ بعد التوبه أو يكذب نفسه، فان شهد له ثلاثه وأبى واحد يجلد الثلاثه ولا تقبل شهادتهم حتى يقول اربعه رأينا مثل الميل فى المكحله»(1).

فانّ اطلاق القاذف يقم نسبه اللواط الى شخص محصناً كان أو غيره، كما أنّ ثبوت الزنا بأربعه رجال كان الزانى محصناً أو غيره.

كما يدل عليه ما تقدم فى بحث ثبوت الزنا ونحوه، كموثقه عمار الساباطى، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل يشهد عليه ثلاثه رجال أنّه قد زنى بفلانه ويشهد الرابع أنّه لا يدرى بمن زنى، قال: «لا يحدّ ولا يرجم»(2)، غايه الأمر قد ثبوت الزنا جواز انضمام شهاده النساء الى الرجال على ما تقدم.

[1] قد تقدّم اعتبار البلوغ والعقل والحريه فى المقر فى ثبوت الزنا بالاقرار، وكذا اعتبار الاختيار بمعنى عدم الاكراه، فلا نعيد.

وأمّا إذا اعترف الواجد للاوصاف بأقلّ من أربع مرات، فقد ذكر الماتن وغيره أنّه لم يحدّ ولكن يعزّر، ولا يبعد أن لا يكون للتعزير وجه إذا كان اعترافه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد القذف، الحديث 5: 433.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد الزنا، الحديث 6: 372.

وكان عليهم الحدّ للفريه[1]، ويحكم الحاكم فيه بعلمه، إماماً كان أو غيره على الاصح[2].

الشَرح:

عند الحاكم بداعى التطهير، ثم ندم ولم يكمل الاقرار أو بغير ذلک.

كما لا يبعد الحكم بفسقه، حيث لا منافاه بين عدم ثبوت المقرّ به ونفوذ اقراره على نفسه بالفسق، فلا يقبل شهادته فيما إذا كان قبل ذلک عدلاً ولا يجوز الاقتداء به، الى غير ذلک من نفى الاحكام المترتبه على عدم العداله، ودعوى أنّه إذا ثبت الفسق ثبت التعزير عليه، فقد تقدم الجواب عن ذلک.

وقد يمكن أن يستظهر نفى التعزير من صحيحه مالک بن عطيه، حيث إنّ أمير المؤمنين عليه السلام لم يعزّر الرجل فى شىء من المرات الثلاث من اقراره، الاّ ان يقال بعدم التعزير فى مورد العلم أو الاحتمال فى اتمام الاقرارات، والكلام فى مورد عدم اتمامها.

[1] لما تقدم ويأتى التفصيل، من عدم الفرق فى القذف الموجب لحدّه بين النسبه الى الزنا أو اللواط، وذكرنا ما يدلّ على أنّ مع عدم تمام شهاده الاربعه يحدّ الشهود بحدّ القذف .

نعم ذكرنا أنّه يقوم شهاده النساء مقام الاربعه إذا انضمت شهادتهن الى شهاده رجلين أو ثلاثه رجال، بتمام شهاده الاربعه حكماً ينتفى حدّ القذف بخلاف ثبوت اللواط، فانّه لا دليل على سماع شهاده النساء، بل مقتضى الاطلاق فى بعض روايات عدم قبول شهاده النساء فى الحدود عدم السماع.

[2] وقد تقدّم الكلام فى ذلک فى بحث القضاء، وفى حدّ الزنا، وذكرنا أنّ علم الحاكم إحراز لموجب الحد، فعليه اجراؤه على المرتكب، ولا اثر فى ثبوت الموجب لحكمه بل علمه بنفسه احراز للموجب، نعم هذا فى الحدود التى من

قتل الفاعل والمفعول البالغين فى اللواط

وموجب الايقاب القتل على الفاعل والمفعول، إذا كان كلّ منهما بالغاً عاقلاً، ويستوى فى ذلک الحرّ والعبد والمسلم والكافر والمحصن وغيره[1].

ولو لاط البالغ بالصبى موقباً قتل البالغ وأدّب الصبى، وكذا لو لاط بمجنون، ولو لاط بعبده، حدّا قتلاً أو جلداً، ولو ادعى العبد الاكراه سقط عنه دون المولى، ولو لاط مجنون بعاقل حدّ العاقل، وفى ثبوته للمجنون قولان، اشبههما السقوط.

الشَرح:

حق اللّه سبحانه، وامّا ما كان من الناس فاجراؤه على المرتكب محتاج إلى المطالبه كحدّ القذف.

[1] الموجب بالفتح أى الحدّ المترتب على الايقاب هو القتل، فانّه يقتل الواطى والموطوء إذا كان كلّ منهما بالغاً عاقلاً، بلا فرق بين الحر والعبد، والمسلم والكافر، والمحصن وغير المحصن.

وقد ذكر فى المسالک أنّ العبد فى حدّ اللواط كالحر، ويفترق اللواط عن الزنا، حيث تقدّم انّه لا يرجم العبد بالزنا وان كان محصناً بل يجلد خمسين جلده، والتسويه فى اللواط بالاجماع، وقد يستدل على عدم الفرق بين الحر والعبد، كعدم الفرق بين المسلم والكافر،بالاطلاق فى حدّ اللواط.

لا يقال: قد ورد فى صحيحه زراره أو غير موثقه عن أبى جعفر عليه السلام : انّ الملوط حدّه حد الزانى، ومقتضاه جريان التفصيل فى حد الزنا على اللواط أيضاً، ومن التفصيل فيه كون الزانى أو المزنى بها حراً أو حره أو عبداً أو أمه.

فانه يقال: ظاهر هذه الصحيحه غير معمول بها عند اصحابنا، فانّ الملوط يقتل، بلا فرق فيه بين المحصن وغيره، ولا يمكن أن يكون حدّه حد الزنا حتى يتمسک باطلاقه.

وما ورد من أنّ على العبد والأمه نصف ما على الحر والحره، وارد فى زنا

ص :166

قتل الذمى اللائط بمسلم ولو مع عدم الإيقاب

ولو لاط الذّمى بمسلم قتل وان لم يوقب[1]، ولو لاط بمثله كان الامام مخيراً بين إقامه الحدّ عليه وبين دفعه إلى اهله ليقيموا عليه الحدّ.

الشَرح:

العبد والأمه وانهما لا يقتلان وان كانا محصنين، بل يضربان خمسين سوطاً، ولا اطلاق فيه ليتمسک به فى مثل المقام، ولذا لا يتمسكون به فى مثل حدّ الشرب ونحوه، فضلاً عمّا لم يكن الحدّ قابلاً للتنصيف كالقطع والقتل، وما ورد فى عباره الماتن، من أنّه لو لاط بعبده حدّا قتلاً أو جلداً مبنى على عموم اللواط، فان كان مع الايقاب فالقتل وبدونه فالجلد.

وعلى الجمله اللواط بمعنى الايقاب يترتب عليه الحد إذا كان المرتكب بالغاً عاقلاً وبالاختيار، فلو لاط البالغ العاقل بالمجنون قتل العاقل ويجرى قى المجنون ما تقدّم فى زناه، وكذا إذا لاط المحنون بالبالغ العاقل، وقد تقدّم انّه لا يجرى الحدّ على المحنون ولكن يجب الممانعه عن ارتكابه، وإذا لاط البالغ بالصبى قتل البالغ إذا كان بنحو الايقاب وأدّب الصبى، وكذا إذا لاط الصبى بالبالغ، وما ورد فى المزنى بها المحضنه أنّها لا ترجم إذا زنى بها الصبى، لأنّ الذى أتى بها غير مدرک لا يجرى فى اللواط، والتعدى قياس مع الفارق.

[1] وقد نفى الخلاف فى وجوب قتله ولو مع عدم الايقاب، ويذكر أنّ اللواط أشدّ حرمه من الزنا، وقد تقدّم ما يدلّ على قتل الكافر إذا زنى بالمسلمه، وانّ الذمى بلواطه هذا قد هتک حرمه الاسلام، وعن بعض انّه خرج عن شرط الذمه.

ولكن لا يخفى أنّه لم يثبت أنّ تفخيذ الذّكرين أشدّ حرمه من الزنا، بل الثابت أشدّيه حرمه الايقاب وهتک حرمه مسلم ولو كان فاسقاً فاجراً غير هتک حرمه الاسلام، مع أنّ مثل هذا الهتک لو كان موجباً للقتل ثبت ذلک فى تقبيل

وكيفيه إقامه هذا الحدّ القتل، إن كان اللواط ايقاباً[1]، وفى روايه: ان كان محصناً رجم وان كان غير محصن جلد، والأوّل أشهر.

الشَرح:

الغلام المسلم ونحوه، ومجرّد إرتكاب الفاحشه لا يوجب الخروج عن الذّمه، وعلى تقديره فقتله لكونه حربياً لا للجزاء على الفعل.

ولو لاط ذمى آخر فالحكم فيهما كما تقدّم فى الزنا، من تخيير الحاكم بين اقامه الحد عيهما أو إرجاعهما إلى حكامهم ليجروا عليهما الحدّ عندهم.

[1] المشهور بين الاصحاب قديماً وحديثاً أنّ اللاطى ء والملوط يقتلان، بلا فرق بين المحصن وغيره، ولعلّ الحكم فى ناحيه الملوط مجمع عليه بينهم، وان الملوط البالغ العاقل المختار يقتل، بلا فرق بين كونه محصناً أو غير محصن، ويقتضيه ايضاً مناسبه الحكم والموضوع.

وفى صحيحه حماد بن عثمان، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل أتى رجلاً، قال: عليه إن كان محصناً القتل وإن لم يكن محصناً فعليه الجلد»، قال: قلت: فما على المؤتى به؟، قال: «عليه القتل على كل حال محصناً كان أو غيرمحصن»(1).

وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا كان الرجل كلامه كلام النساء ومشيه النساء ويمكن من نفسه ينكح كما تنكح المرأه فارجموه ولا تستحيوه»(2).

وإن يمكن أن يناقش فى هذه بأنّ ظاهرها المخنث لا مجرد كونه ملوطاً.

ويمكن استظهار ذلک من روايه أبى بكر الحضرمى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام بأمرأه وزوجها قد لاط بابنها من غيره وثقبه وشهد عليه بذلک الشهود فأمر به فضرب بالسيف حتى قتل وضرب الغلام دون الحد،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحديث 4: 417.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد اللواط، الحديث 5: 421.

. ...

الشَرح:

وقال: أما لو كنت مدركاً لقتلتک لا مکانک ایاه من نفسک بثقبک»(1).

فانّ مقتضی التعلیل فی الذیل ان البالغ الممکن من نفسه الغیر لیثقبه یقتل، وهذا لضعف سندها تصلح للتأیید.

وفی روایه یزید بن عبد الملک، قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام : «انّ الرجم علی الناکح والمنکوح الی ان قال: وهو علی الذکر إذا کان منکوحاً احصن أو لم یحصن»(2).

وامّا اللاطی فالروایات فیه علی طوائف.

احداها: أنّه إذا کان محصناً، کما تقدّم فی صحیحه حماد بن عثمان.

وثانیها: أنّه یرجم مع احصانه، کما فی صحیحه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سمعته یقول: «إنّ فی کتاب علی علیه السلام : إذا أخذ الرجل مع غلام فی لحاف مجردین ضرب الرجل وادب الغلام، وان کان ثقب وکان محصناً رجم»(3).

وفی صحیح عن ابن عمیر، عن عده من أصحابنا، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الذی یوقب: «أنّ علیه الرجم إن کان محصناً وعلیه الجلد إن لم یکن محصناً»(4).

وفی روایه العلاء بن الفضیل، قال: قال: أبو عبداللّه علیه السلام : «حدّ اللواطی مثل حدّ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد اللواط، الحدیث 1: 419.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحدیث 8: 417.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد اللواط، الحدیث 7: 421.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد اللواط، الحدیث 8: 421.

....

الشَرح:

الزانى، وقال: إن كان قد احصن والاّ جلد»(1).

وفى روايه يزيد بن عبدالملک المتقدمه، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام : «الرجم على الناكح والمنكوح ذكراً كان أو انثى إذا كانا محصنين الحديث».

وفى معتبره الحسين بن علوان، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن على عليه السلام انّه كان يقول فى اللواطى: «إن كان محصناً رجم وان يكن محصناً جلد الحدّ»(2).

وفى مقابلهما الطائفه الثالثه، ومقتضى اطلاقها قتل اللاطى يعنى الموقب بلا تقييد أو استفصال بين كونه محصناً أو غير محصن.

وفى صحيحه مالک بن عطيه، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث: «انّ أمير المؤمنين عليه السلام قال لرجل أقرّ باللواط أربعاً: يا هذا إن رسول اللّه صلى الله عليه و آله حكم فى مثلک بثلاثه أحكام فاختر أيهن شئت، قال: وما هن يا أمير المؤمنين ؟قال: ضربه بالسيف فى عنقک بالغه ما بلغت أو اهداب من جبل مشدود اليدين والرجلين أو احراق بالنار الحديث»(3)، حيث إنّه عليه السلام فى مقام بيان قول على عليه السلام فى مقام الحكم لم يقيد الرجل بكونه محصناً.

وفى روايه سليمان بن هلال، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يفعل بالرجل، قال: فقال: «ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب اقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربه أخذ السيف منه ما اخذ، فقلت له: هو القتل؟ قال: هو ذاک»(4).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحديث 3: 417.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحديث 6: 417.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد اللواط، الحديث 1: 423.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحديث 2: 417.

....

الشَرح:

وفى صحيحه الحسين بن سعيد، قال: قرأت بخطّ رجل أعرفه إلى أبى الحسن عليه السلام ، وقرأت جواب أبى الحسن عليه السلام بخطّه، هل على رجل لعب بغلام بين فخذيه حدّ، فانّ بعض العصابه روى أنّه لا بأس بلعب الرجل بالغلام بين فخذيه، فكتب: «لعنه اللّه على من فعل ذلک»، وكتب ايضاً هذا الرجل ولم أر الجواب: ما حدّ رجلين نكح احدهما الآخر طوعاً بين فخذيه ما توبته، وكتب: «القتل»، وما حدّ رجلين وجدا نائمين فى ثوب واحد، فكتب: «مائه سوط»(1).

ولكن الاستدلال بهذه الصحيحه على أنّ النكاح بين الفخذين من دون ثقب حدّه القتل أولى من الاستدلال على حدّ الثقب، ويلاحظ ايضاً أنّ الحسين ابن سعيد لم ير جوابه عليه السلام عن الكتاب الثانى.

وعلى الجمله، غايه ما يقال: إنّ هذه الطائفه باطلاقها تدّل على أنّ الحدّ على الوقب هو القتل، فيرفع اليد عن اطلاقها بالطائفه الاولى والثانيه، وقد ورد فيهمااعتبار كون الموقب محصناً فى قتله.

وهذا كله فى اختلاف الروايات فى اعتبار الاحصان فى الموقب وعدم اعتباره فيه، وبين الروايات اختلاف فى جهه اخرى، وهى أنّ الوارد فى بعض الروايات أن حدّ الموقب هو القتل، كما فى صحيحه حماد بن عثمان، وفى بعضها الرجم، كما هو الحال فى الطائفه الثانيه.

وفى بعضها تعيين القتل بالضربه فى عنقه بالسيف، والاهداب من شاهق مشدود اليدين والرجلين أو الاحراق بالنار، ويجمع بينها بأنّ دلاله الطائفه الثانيه بجواز

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحديث 5: 417.

....

الشَرح:

قتله بالرجم بالتصريح، ودلاله عدم جواز قتله بالرجم فى صحيحه مالک ابن عطيه بالاطلاق، أى بعدم ذكر الرجم عدلاً لما ذكر فيها، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بصراحه الطائفه الثانيه، كما أنّ عدم جواز قتله بغير الرجم فى صحيحه أبى بصير ونحوه بالاطلاق، فيرفع عنه بالتصريح بغيره فى صحيحه مالک بن عطيه، ويكون مقتضى الجمع العرفى أنّ حدّ الموقب مع الاحصان الرجم والضرب فى عنقه بالسيف أو الاهداب من شاهق أو الاحراق.

لا يقال: الطائفه المفضله بين كون الموقب محصناً وغير محصن لم تعمل بها الاصحاب، كما هو المحكى عن الشهيد الثانى وغيره، فتحمل على التقيه، لما ذكر الشيخ قدس سره فى التهذيب، من أنّ التفصيل مذهب جماعه من العامه، وذكر فى الجواهر، ولعله تبعاً لغيره، انّ هذه الطائفه تطرح أو تحمل على التقيه.

أقول: الحمل على التقيه فى روايه يكون فى موردين:

احدهما: أن يقع التعارض بين الطائفتين أو روايتين، بحيث لم يكن بينهما جمع عرفى، وإذا كانت إحداهما موافقه للعامه ولو لبعضهم تحمل على التقيه.

الثانى: ان يوجد فى البين قرينه أو يطمئن ولو بقرينه خارجيه أنّ إحداهما ولو مع الجمع العرفى بينهما وبين غيرها صدرت عنهم عليهم السلام لرعايه مذهبهم أو مذهب جماعه منهم، وشىء من الأمرين غير محقّق فى المقام.

أمّا الاول، فلما تقدّم من الجمع العرفى بين الطوائف الثلاث.

وأمّا الثانى، فلأنّ الوجه فى اعراض المشهور أو البعض عن الطائفه المفصّله، كما هو ظاهر كلماتهم، زعمهم أنّ ما ورد من أنّ حدّ اللاطى أو الملوط حدّ الزنا ناظر إلى صوره عدم الايقاب، حيث إنّ اللواط معناه أعمّ يعم النكاح بين

....

الشَرح:

الفخذين والاليتين، وما ورد فى القتل ناظرإلى صوره الايقاب، كما هو مفاد روايه حذيفه بن منصور، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن اللواط ،فقال: «مابين الفخذين»، وسألته عن الذى يوقب، فقال: «ذاک الكفر بما انزل اللّه على نبيه صلى الله عليه و آله .

وعلى الجمله التزموا بأنّ حدّ اللواط من غير ايقاب جلد مائه ومع الايقاب القتل، وبما أنّ الروايات المفصله فى الثقب بين المحصن وغيره لا يبفى لها مجال ومورد بعد الالتزام بما ذكر تركوها أو حملوها على التقيه، خصوصاً مع اشتمالها على الرجم حيث لم يذكروه حدّاً للايقاب.

وقد ذكرنا أنّ الجمع بالالتزام بما ذكروا لا يمكن المساعده عليه، لظهور اللواط وانصرافه الى الايقاب، وروايه حذيفه غير ناظره إلى بيان الحد على ما تقدّم وكيف يمكن دعوى أنّ احداً من أصحابنا لم يعمل بالروايات المفصله، فلاحظ الصدوق قدس سره حيث اقتصر فى باب حدّ اللواط بروايه حماد بن عثمان المتقدّمه، وروايه السكونى المتقدّمه، الوارد فيها لو كان ينبغى لأحد أن يرجم مرتين لرجم اللواطى.

وقال فى محكى المقنع: وإذا أتى رجل رجلاً وهو محصن فعليه القتل وان لم يكن محصناً فعليه الحد، وعلى المأتى به القتل على كلّ حال، محصناً كان أو غيره، وما ذكر فى المأتى به قرينه على كونه مراده من الاتيان الايقاب.

والمتحصل أنّ حدّ اللائط مع عدم احصانه ايضاً القتل ليس بمقتضى الأدلّه.

ثم إنّه إن قلنا بعدم القتل على اللائط غير المحصن بل عليه الجلد بمائه، فهل يستوى فى الجلد الحر أو العبد، أو ينتصف الجلد على العبد كما فى الزنا، فقد ذكرنا فيما سبق أنّ التنصيف وارد فى الزنا، وأمّا اللواط فليس فيه ما يقتضى التنصيف.

....

الشَرح:

ولكن استظهر بعض مشايخنا قدس سره التنصيف من صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام ، حيث ورد فيها: قيل له: فان زنى وهو مكاتب ولم يؤدّ شيئاً من مكاتبته، قال: «هو حق اللّه يطرح من الحدّ خمسين جلده ويضرب خمسين»(1).

ووجه الاستظهار أنّه لو كان التنصيف مختصاً بالزنا لم يكن وجه لذكر قوله عليه السلام : «هو حق اللّه يطرح من الحدّ خمسين جلده»، بل كان يكتفى عليه السلام بقوله يضرب خمسين، فذكره بيان كلّيه وهى أنّ الجلد من حق اللّه سبحانه ينتصف إذا كان المرتكب عبداً، ويجرى هذا فى جلد غير المحصن فى اللواط إذا كان اللاطى عبداً، كما يجرى فى غير اللواط ايضاً.

وصحيحه الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه ثمّ أنّ العبد حدّاً من حدود اللّه، قال: «إن كان العبد حيث أعتق نصفه قوّم ليغرم الذى أعنقه نصف قيمته فنصفه حر، يضرب نصف حدّ الحر ويضرب نصف حدّ العبد، وإن لم يكن قوّم فهو عبد يضرب حدّ العبد»(2).

ولكن مدلول الصحيحه الاخيره هو أنّه فى العبد المشترک الذى اعتقه احد الشريكين وارتكب الموجب تفصيل، ويقسط عليه الحدّين فى صوره ويجرى عليه حدّ العبد فى صوره آخرى.

وأمّا المورد الذى لا اختلاف فى حدّ الارتكاب بين العبد والحر، كما فى حد شرب الخمر، ومنه حدّ اللواط كما هو مقتضى اطلاق ما دل على حدّه، فالصحيحه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 31 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 401.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 33 من أبواب حد الزنا، الحديث 6: 404.

تخيير الإمام فى قتل اللائط والملوط بين الضرب بالسيف أو الإحراق أو الإلقاء من شاهق

ثمّ الامام مخير فى قتله بين ضربه بالسيف، أو تحريقه، أو رجمه، أو القائه من شاهق، أو إلقاء جدار عليه[1]، ويجوز ان يجمع بين أحد هذه وبين تحريقه[2].

الشَرح:

غير وارده فى حكمه هذا، مضافاً إلى أنّ الحديث ينافى سرايه العتق، على ما هو المقرر فى بابه.

وأمّا الصحيحه الاولى فلا بأس بالاستظهار المزبور، واوضح منها موثقه ابن بكير، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن عبد مملوک قذف حرّاً، قال: «يجلد ثمانين، هذا من حقوق الناس فامّا ما كان من حقوق اللّه فانه يضرب نصف الحد»، قلت: الذى من حقوق اللّه ما هو؟، قال: «إذا زنى أو شرب الخمر»(1).

فانّ ظهورها فى أنّ حدّ الجلد ينتصف فى العبد إذا كان من حقوق اللّه ممّا لا ينبغى التأمّل فيه، وإن كان الانتصاف فى شرب الخمر لا يؤخذ به، لما دل على أنّ الحر والعبد سواء فى حدّه.

[1] قد تقدم وجه التخيير بين الرجم والضرب بالسيف فى عنقه أو اهدابه من شاهق وتحريقه، وأمّا كون إلقاء الجدار عليه من عدل ما ذكر فلم يرد إلاّ فى الفقه الرضوى، وادعى أنّ المشهور قد عملوا به، ولكن الفقه الرضوى لم يثبت كونه روايه ليدعى انجبار بعمل المشهور، ولعل فتواهم أو فتوى بعضهم لاطلاق القتل فى بعض الروايات.

وقد ذكر أنّه لابُدّ من رفع اليد عنه بما ورد فى صحيحه مالک بن عطيه، وما دلّ على أنّه يرجم، حيث إنّ ظاهر قوله عليه السلام «يا هذا انّ رسول اللّه حكم فى مثلک بثلاثه أحكام»، عدم كون مطلق القتل حدّاً، ويرفع عن هذا الظهور بالاضافه الى الرجم على مامر.

[2] ذكر الماتن قدس سره أنّ للامام أن يجمع بين قتله بأحد المور المتقدمه، وقيل:

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف ، الحديث10: 436.

....

الشَرح:

صرّح بذلک غیر واحد، بل ادّعی عدم الخلاف فیه .

ویستدل علی ذلک بصحیحه عبد الرحمن العزرمی، قال: سمعت أبا عبداللّه علیه السلام یقول: «وجد رجل مع رجل فی إماره عمر فهرب أحدهما وأخذ الاخر، فجیء به إلی عمر، فقال للناس: ما ترون فی هذا اصنع کذا وقال هذا اصنع کذا، فقال: ما تقول یا ابا الحسن، قال: اضرب عنقه فضرب عنقه، قال: ثم أراد أن یحمله، فقال: مه انّه قد بقی من حدوده شیء، قال: أیّ شیء بقی، قال: ادع بحطب، فدعا عمر بحطب فأمر به أمیر المؤمنین علیه السلام فاحرق به»(1).

ولکن یمکن أن یقال إنّها وارده فیمن قتل بالضرب بالسیف فی عنقه لا بالرجم أو الالقاء من شاهق، فالتعدّی إلی ما قتل بهما مشکل، بل یمکن دعوی أنّ هذا فیما أخذ علی عمله بالشهود، ولا یجری علی من أحرز عمله باعترافه علی نفسه، فانّ الاعتراف بمنزله الشهاده فی جریان العقوبه لا فی التحریق بعد الموت، کما هو ظاهر الروایه .

ولکن الاختصاص ممنوع باطلاق تنزیل الاقرار منزله الشهاده، وحیث لم یعیّن علیه السلام فی نقله الرجل المأخوذ باللائط أو الملوط، فمقتضاه عدم الفرق فی الحکم المزبور بینهما.

وعلی الجمله، ظاهر الصحیحه لزوم الاحراق بعد القتل بالسیف، لا أنّه أمر جائز، کما هو ظاهر الماتن، کما أنّ ظاهره یعطی قتله بکلا الأمرین لا احراقه بعد قتله.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد اللواط، الحدیث 4: 420.

وإن لم يكن ايقاباً كالتفخيذ أو بين الاليتين، فحدّه مأه جلده[1]، قال فى النهايه: يرجم إن كان محصناً ويجلد إن لم يكن، والأوّل أشبه.

الشَرح:

والمتحصل، لا يتعيّن قتل اللائط بخصوص الضرب بالسيف، لأنّ صحيحه مالک بن عطيه صريحه فى جواز قتله بغيره مما ورد فيها، كما تقدم جواز قتله بالرجم، إلاّ أنّه إذا قتل بالضرب بالسيف يحرق بعده، ويجرى هذا الحكم فى الملوط ايضاً، لما تقدم من أنّه مقتضى عدم تعيين الرجل .

أضعف إلى ذلک أنّ احراق الملوط بعد قتله بالسيف ورد فى روايه محمّد ابن عبدالرحمن العزرمى عن أبيه، كما ورد فى مرفوعه أبى يحيى الواسطى «أنّ الداعم عليه يحرق بالنار»، ولكن فى سندهما ضعف.

وكيف كان فلا يكون أمر الملوط أخفّ من اللائط مع بلوغه وعقله واختياره، ولا يختلف كيفيه قتله عن قتل اللائط بعد الأمر بقتل كلّ من اللائط والملوط فى صحيحه حماد بن عثمان، والأمر برجمه كالأمر برجم اللائط فى بعض الروايات المعتبره المتقدمه.

[1] كون الحد فى التفخيذ والوط ء بين الاليتين من غير ايقاب هو الجلد بمائه سوط هو المعروف بين الاصحاب، ولعل مستندهم فى ذلک ما ورد فى بعض الروايات، من أنّ حدّ اللوطى مثل حد الزانى أو انّ الملوط حدّه حدّ الزانى، وقد حملوا مثل ذلک على غير صوره الايقاب، بدعوى أنّ اللواط لا يدل على خصوصيه الايقاب، فيحمل ذلک على غير الايقاب، جمعاً بينه وبين ما دل على أنّ حدّ الايقاب والثقب القتل، ولذا فصل بعض كالشيخ فى النهايه صوره عدم الايقاب الى فرضين: احدهما: كون اللائط غير محصن فيجلد مائه، وثانيهما: كونه محصناً فيرجم كما هو مقتضى كونه كالزنا، ولكن تقدم أنّ ظاهر اللواط الايقاب،

ويستوى فيه الحرّ والعبد[1]والمسلم والكفار والمحصن وغيره، ولو تكرّر الشَرح:

فالجمع المزبور غير تامّ.

ومع ذلک الحدّ فى التفخيذ والوط ء بين الاليتين من غير ايقاب هو الجلد بمائه، وذلک لما ورد فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «إنّ فى كتاب على عليه السلام : إذا أخذ الرجل مع غلام فى لحاف مجردين ضرب الرجل وأدب الغلام» (1)، والضرب فى هذه الروايه هو الضرب بمائه جلده، بقرينه ما ذكر بعد ذلک من قوله: «وأدب الغلام».

ومقتضى الشرطيه الثانيه أنّه تعتبر فى رجم اللائط الثقب واحصانه فلا يكون فى غير الثقب قتلاً حتى مع كون الرجل محصناً، غايه الأمر إطلاق الشرطيه الاولى، يعنى فرض عدم الثقب يشمل مجرد نومهما تحت ثوب واحد بلا وقوع التفخيذ ونحوه، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بما تقدم من أنّ الضرب فى مجرد نومهما تحت لحاف واحد مائه جلده إلاّ جلده.

ويؤيّد ذلک روايه سليمان بن هلال عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يفعل بالرّجل، قال: فقال: «ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب اقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربه أخذ السيف ما أخذ السيف ما أخذ» فقلت له: هو القتل؟ قال: «هو ذاک»(2).

والمتتبع فى الروايات يجد أنّ الجلد مطلقاً يراد به الجلد فى حد الزنا.

[1] أمّا التسويه بين الحر والعبد فى حدّ التفخيذ والوط ء بين الاليتين فقد نفى فى الجواهر الخلاف فيه، ونقل عن نكت الارشاد دعوى الاجماع عليه،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد اللواط، الحديث 7: 421.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد اللواط، الحديث 2: 416.

منه الفعل وتخلّله الحد مرتيّن قتل فى الثالثه[1]، وقيل فى الرابعه، وهو أشبه.

الشَرح:

وتمسک بالاجماع المنقول، واطلاق ما دلّ على أنّ الحد مع عدم الايقاب هو الجلد حيث لم يرد فيه التفصيل بين الحر والعبد.

ولا يخفى أنّ دعوى الاجماع على مدعيه واطلاق ما دل على الجلد والضرب لا يمكن الأخذ به لوجهين:

احدهما: انّ اللاطى منزل فى الروايه منزله الزانى وكذا الملوط، ومقتضى التنزيل الناظر إلى صوره عدم الايقاب، كما تقدم أنّ ينتصف الجلد للعبد.

وثانيهما: ما إذا استظهرنا الكبرى الكيه، من أنّ الحدّ إذا كان من حق اللّه ينتصف للعبد، من غير فرق بين جلد الزنا أو غيره، غايه الأمر يرفع اليد عنه إذا قام دليل خاص فى مورد على عدم الانتصاف، كما يأتى فى حدّ شرب الخمر.

ودعوى أنّ مناسبه الحكم والموضوع يقتضى اختصاص التنصيف بالزنا، حيث إنّ العبد لا يتمكن على التزويج إلاّ برضا مولاه، وانسداد باب التزويج عليه استقلالاً يناسب التخفيف له فى حد الزنا بخلاف اللواط، وما يجرى مجراه من المحرمات التى بابها منسد شرعاً على الكلّ بلا فرق بين المولى وعبده، لا يمكن المساعده عليها، لما تقدّم من أنّ العبد إذا كان محصناً لا يقتل، فالدعوى المزبوره لا تخرج عن التخمين والاستحسان.

وأمّا التسويه بين المسلم والكافر، فالمراد أنّ الكافر إذا ارتكب بمثله يجلد مائه، وأمّا إذا كان الفاعل كافراً والمفعول مسلماً يقتل الكافر عند الماتن، لما تقدم فى ذيل كلامه السابق، ولو لاط الذمى بمسلم قتل وإن لم يوقب، وأمّا عدم الفرق بين المحصن وغيره فقد تقدم الكلام عند التكلم فى الروايات فلا نعيد.

[1] القتل فى الثالثه للعموم فى صحيحه يونس، عن أبى الحسن الماضى عليه السلام

....

الشَرح:

قال: «إنّ اصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحدّ مرتين قتلوا فى الثالثه»(1).

بناءً على أنّ فرض غير الثقب ايضاً يدخل فى الكبائر، كما هو ظاهر معتبره السكونى وروايه حذيفه، حيث طبّق فيهما اللوط المرتكز كونه من الكبائر، وأشدّ من الزنا على غير الثقب .

وأمّا القتل فى الرابعه، فلما ورد من أنّ الملوط حدّه حد الزانى وحد اللوطى مثل حد الزانى، وحيث إنّ الزانى غير المحصن يقتل فى الرابعه كما تقدم فى مسائل حد الزنا، فيكون الأمر فى التفخيذ والوط ء بين الاليتين كذلک، ولكن قد عرفت ما فى هذا الاستدلال، فالاظهر القتل فى الثالثه، أخذاً بالعموم فى صحيحه يونس.

لا يقال: قد ورد فى صحيحه أبى خديجه، قال: «لا ينبغى لامراتين تنامان فى لحاف واحد إلاّ وبينهما حاجز، فان فعلتا نهيتا عن ذلک، فان وجدهما بعد النهى فى لحاف واحد جلدتا كلّ واحده منهما حدّاً حدا، فان وجدتا الثالثه فى لحاف حدّتا فان وجدتا فى الرابعه قتلتا»(2)، وتقدم عدم الفرق فى ذلک بين المرأتين والرجلين، فيكون القتل فى المره الرابعه.

فانّه يقال: الروايه على نقل الشيخ مضمره، مع أنّ ظاهرها الاكتفاء بالنهى فى المره الاولى، وهذا يناسب جهلهما بالحرمه، فيكون قتلهما فى الرابعه من القتل فى الثالثه بعد الحدّ مرتين، اضعف الى ذلک أنّها على روايه الكافى المرويه عن أبى عبداللّه عليه السلام هكذا: «فان وجدتا الثالثه قتلتا».

1- (1) الوسائل: 18 ،الباب 5 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 313.
2- (2) الوسائل: 18 ،الباب10 من أبواب حد الزنا، الحديث25: 368.

والمجتمعان تحت إزار واحد مجرّدين ليس بينهما رحم يعزران من ثلاثين سوطاً إلى تسعه وتسعين سوطاً[1]،

الشَرح:

[1] هذا مذكور فى كلام اكثر المتأخرين من اصحابنا، واضيف الى اعتبار عدم كون أحدهما ذا رحم مع الآخر عدم الضروره، وذهب الى ذلک الشيخ وابن ادريس، ولم يذكر فى كلام جماعه اعتبار عدم كونهما ذا رحم، وكأنّ هذا حكم على المجتمعين تحت لحاف أو ثوب واحد مجرّدين من غير ضروره وحاجب بينهما، من غير فرق فى كونهما ذا رحم أم لا.

والمحكى عن المفيد قدس سره أنّهما يعزّران من عشره الى تسعه وتسعين، بحسب ما يراه الحاكم من حالهما وبحسب التهمه والظن بهما.

ويستدل على الأول بروايه سليمان بن هلال، قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبداللّه عليه السلام فقال: جعلت فداک الرجل ينام مع الرجل فى لحاف واحد، فقال: «ذوا رحم»، فقال: لا، قال: «من ضروره»، قال: لا، قال: «يضربان ثلاثين سوطاً»(1).

وفى معتبره ابن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجلين يوجدان فى لحاف واحد، قال: «يجلدان غير سوط واحد»(2)، بدعوى أنّ ما فى الروايتين بيان لأقلّ التعزير واكثره وما بينهما موكول الى نظر الحاكم، ويقال: انّ ضعف الروايتين سنداً منجبر بعمل المشهور.

أقول: الروايه الثانيه صحيحه، فانّ الشيخ رواها باسناده عن يونس بن عبدالرحمن، عن عبداللّه بن سنان، وطريقه الى يونس صحيح، لأن ابن الجنيد من مشايخ النجاشى، وقد تكرر منّا أنّ ظاهر كلام النجاشى توثيق مشايخه، وفى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 21: 367.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 18: 367.

....

الشَرح:

صحيحه معاويه بن عمار، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : المرأتان تنامان فى ثوب واحد، فقال: «تضربان»، فقلت: حدّاً؟ قال: «لا» قلت: الرجلان ينامان فى ثوب واحد، قال: «يضربان»، قال: قلت: الحد، قال «لا»(1).

وفى عده من الروايات أنّ الرجلان أو المرأتان إذا وجدا فى ثوب واحد أو لحاف واحد يضربان الحد، كصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «حدّ الجلد أن يوجدا فى لحاف واحد والرجلان يجلدان إذا وجدا فى لحاف واحد الحدّ»(2).

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «حدّ الجلد فى الزنا أن يوجدا فى لحاف واحد وفى الرجلان يوجدان فى لحاف واحد»(3).

ومصححه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «كان على عليه السلام إذا وجد الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحدّ الحديث»(4).

ومصححه أبى عبيده، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان على إذا وجد رجلين فى لحاف واحد مجرّدين جلدهما حدّ الزانى مائه جلده كل واحد منهما»(5)، الى غير ذلک.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 16: 366.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 363.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 4: 364.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 6: 364.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 15: 366.

....

الشَرح:

وقد تقدم أنّ هذه الروايات المثبته لحدّ الجلد مع السابقه عيها النافيه للحدّ وان كانتا متعارضين إلاّ أن يجمع بينهما بأنّ على المجتمعين تحت ثوب واحد حدّ الجلد، أى مائه جلده إلاّ جلده، بقرينه معتبره عبداللّه بن سنان، وشهاده مصححه عبدالرحمن بن الحجاج الحاكيه لدخول عبّاد لدخول عبّاد البصرى مع اُناس من أصحابه على أبى عبداللّه عليه السلام حيث يظهر منها أنّ ذكر الحدّ بلا استثناء سوط لرعايه التقيه.

قال: كنت عند أبى عبداللّه عليه السلام فدخل عليه عبّاد البصرى ومعه اناس من أصحابه، فقال له: حدثنى عن الرجلين اذا أخدا فى لحاف واحد، فقال له: «كان على عليه السلام إذا اخذ الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحد»، فقال له عباد: انک قلت لى غير سوط، فاعاد عليه ذكر الحديث، حتّى اعاد ذلک مراراً، فقال: «غير سوط»، فكتب القوم الحضور عند ذلک الحديث(1).

وأمّا روايه سليمان بن هلال مع ضعف سندها وعدم ثبوت ما يوجب انجبار ضعفها، لا يمكن الاعتماد عليها.

مع أنّ ما تقدّم من حملها على بيان أقلّ التعزير، وحمل معتبره عبداللّه بن سنان على اكثر التعزير، لا يعدّ من الجمع العرفى، لظهور كلّ منهما أنّ العقوبه على المجتمعين ما ورد فيعد الجمع بتخيير الحاكم بينهما من التخيير بين الأقل والاكثر كما لا يخفى .

ثم انّ التقييد بعدم الرحم بين الرجلين غير وارد فى الروايات مع كثرتها،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 2: 363.

ولو تكرّر ذلک منهما وتخلّله التعزير حدا فى الثالثه[1].

الشَرح:

والوارد فى روايه سليمان بن هلال كون المجتمعين ذوا محرم، والنسبه بين الرحم وكونهما ذوا محرم العموم من وجه.

واعتبار كونهما مجرّدين فهو ظاهر كونهما فى ثوب واحد، وفى مصححه أبى عبيده: «كان على عليه السلام إذا وجد رجلين فى لحاف واحد مجردين جلدهما حدّ الزانى مائه جلده كل واحد منهما، وكذلک المرأتان إذا وجدتا فى لحاف واحد مجردتين جلدهما كل واحده منهما مائه جلده»(1).

ولم يعتبر فى المسالک اعتبار تجردهما وكذا عدم الرحم بينهما، واكتفى بالتقييد بكون اجتماعهما فى لحاف واحد على النحو الحرام، ولعدم اعتبار الثانى وجه لما تقدم، وأمّا مع كونهما كاسيين فلا يجرى عليه ما ذكر من الحدّ يعنى المائه إلاّ سوطاً بل يجرى التعزير المنوط بنظر الحاكم كما إذا اجتمع الرجل والمرأه الاجنبيان تحت لحاف واحد كاسيين، وأمّا نوم الرجلين كاسيين تحت لحاف واحد كما عليه سيره الفقراء فى السفر ونحوه، فلا دليل على حرمته ليجرى عليه التعزير فضلاً عن الحد بمائه إلاّ سوطاً، وكذا الحال فى المرأتين الكاسيين .

[1] قد ذكر ذلک جماعه وانّهما يجلدان فى المرأه الثالثه مائه جلده، بل عن ابن حمزه فان وجدا بعد ذلک اى فى المره الرابعه قتلا.

ويستدل على ذلک بفحوى صحيحه ابى خديجه، قال: «لا ينبغى لامرأتين تنامان فى لحاف واحد إلاّ وبينهما حاجز، فان فعلتا نهيتا عن ذلک، فان وجدهما بعد النهى فى لحاف واحد جلدتا كل واحده منهما حدّاً حدّاً، فان وجدتا الثالثه فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 15: 369.

وكذا يعزر من قبل غلاماً ليس له بمحرم بشهوه[1].

الشَرح:

لحاف حدّتا، فان وجدهما الرابعه قتلتا»(1).

لكن قد تقدم أنّ ظاهرها عدم الحد والتعزير فى المره الاولى، فيكون مقتضاها القتل فى الثالثه، ولو كان المراد من الحدّ فيها التسعه والتسعين سوطاً فيستوى المره الثانيه والثالثه فيه، وان كان المراد مائه جلده تماماً، فكذلک فالتفكيک بينهما بعدم الحدّ التام فى الثانيه وثبوت الحدّ التام فى الثلاثه بلا موجب.

ثم إنّ مقتضى المصححه أنّه إذا اجرى على المرأتين المجتمعين الجلد بمائه إلاّ سوطاً أو بالمائه، تقتلان فى الثالثه، ولا يبعد جريانه فى الرجلين المجتمعين، نعم جريانه على الرجل والمرأه المجتمعين فى لحاف واحد مع كونهما اجنبيين مشكل، لما تقدم من أنّ القتل فى الزنا فى المره الرابعه، فلا يكون اجتماعهما مجردتين تحت لحاف واحد أشدّ من الزنا.

[1] يحرم تقبيل الغلام بشهوه وأنّه يتبعه التعزير كما فى سائر المحرمات، وفى موثقه طلحه بن زيد، عن أبى عبداللّه عليه السلام «من قبّل غلاماً من شهوه ألجمه اللّه يوم القيامه لجاماً من نار»(2).

وفى معتبره اسحاق بن عمار قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : محرم فبّل غلاماً من شهوه، قال: «يضرب مائه سوط»(3).

والتعبير بالمعتبره لأنّه لا يبعد كون يحيى بن المبارک من المعاريف الذين لم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد الزنا، الحديث 25: 370.
2- (2) الوسائل: 14، الباب 21 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 1: 275.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد اللواط،الحديث 1: 422.

عدم سقوط الحد بالتوبه قبل قيام البينه على اللواط

وإذا تاب اللائط قبل قيام البينه سقط الحدّ، ولو تاب بعده لم يسقط[1]، ولو كان مقراً كان الامام مخيراً فى العفو أو الاستيفاء.

الشَرح:

يرد فيهم قدح، ولكن لا يخلو عن التأمّل، كما لا يخلو متنها عن الاجمال.

وفصل بعض بين تقبيل غيره التعزير، وظاهر الماتن قدس سره اعتبار عدم كون الغلام محرماً وكذا فى كلام جماعه ولم يعلم له وجه، فانّه لا فرق فى حرمه التقبيل بشهوه بين المحرم وغيره، مع أنّ المحرميه لا معنى صحيح لها بين الذكرين أو الانثيين.

نعم، كثيراً ماكان يكون تقبيل الغلام فى موارد القرابه، خصوصاً القربه الموجبه للمحرميه بين الذكر والانثى، ظاهراً فى كونه عن شهوه، بخلاف تقبيل الغلام الاجنبى، ولكن هذا لا يوجب التفرقه فى الحرمه والتعزير إذا احرز كونه عن شهوه، وكذا لا فرق فى الحرمه والتعزير بين تقبيل الغلام البالغ وغيره.

[1] قد تقدم سابقاً أنّ توبه السارق والمحارب قبل أنّ يظهر بهما توجب سقوط الحدّ، ويدلّ على السقوط فى المحارب الكتاب المجيد قبل الاخبار والروايات، وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إن السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى اللّه عزّ وجلّ ترد سرقته إلى صاحبها ولا قطع عليه»(1).

وأمّا فى غيرهما فلا دليل على سقوط الحدّ بالتوبه قبل قيام البينه أو بعدها، ومقتضى الاطلاق فيما دل على حدّ الارتكاب تعلقه به وعدم جواز تعطيله على ما مر.

نعم، ليس على المرتكب تقديم نفسه للحدّ بالاقرار عند الحاكم، لما تقدم من أنّه لو تاب عن ارتكابه واستغفر ربّه كان هذا خيراً له.

بل لو تاب بعد قيام البينه بفاحشه وفرّ من الحدّ لم يكن عليه وزر وان

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 426.

وأمّا السحق[1].

الشَرح:

لا يسقط عنه الحدّ، فعلى الحاكم اجراؤه عليه إذا ثبت الارتكاب باعتراف المرتكب، فللإمام اجراء الحدّ أو العفو على ما يراه من الصلاح، وهذا أمر آخر، يشهد له فى خصوص المقام صحيحه مالک بن عطيه، عن أبى عبداللّه عليه السلام الوارده فيها قضيه اعتراف عند على عليه السلام أربع مرات.

[1] السحق وط ء المرأه مثلها، وقد عبّر فى الروايات: اللواتى مع اللواتى، أو باللواتى ، ولا خلاف فى كون المساحقه فاحشه.

وفى صحيحه جميل المرويه في تفسير القمى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، دخلت امرأه مع مولاتها على أبى عبداللّه عليه السلام فقالت: ما تقول فى اللواتى مع اللواتى، فقال: «هنّ فى النار إذا كان يوم القيامه أتى بهنّ فالبسن جلباباً من نار وخفّين من نار وقنا من نار، وادخل فى اجوافهن وفروجهن اعمده من النار، وقذف بهنّ فى النار»، قالت: هذا فى كتاب اللّه، قال: «بلى» قالت أين؟، قال: قوله «وَعاداً وَثَمودا وَاَصحابَ الرَّس»(1)، الى غير ذلک.

والمشهور أنّ الحدّ فى السحق مائه جلده، بلا فرق بين المسلمه والكافره والحرّه والأمه والمحصنه وغير المحصنه، للفاعله والمفعوله، للاطلاق فى صحيحه ابن عمير، عن محمّد بن أبى حمزه، وهشام وحفص، كلّهم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، أنّه دخل عليه نسوه فسألته امرأه منهنّ عن السحق، فقال: «حدّها حدّ الزانى»، فقالت المرأه: ما ذكر اللّه ذلک فى القرآن؟ فقال: «بلى»، قالت: وأين هنّ؟ قال: «من أصحاب الرس»(2).

1- (1) الفرقان: 38.
2- (2) الوسائل: 14، الباب 24 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 8: 262.

والحدّ فی السحق مأه جلده، حرّه کانت أم أمه، مسلمه أو کافره، محصنه کانت أو غیر محصنه، للفاعله والمفعوله، وقال فی النهایه: ترجم مع الاحصان وتحدّ مع عدمه، والأول اولی[1].

الشَرح:

وفی موثقه زراره أو موثقته عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «السحاقه تجلد»(1).

ومقتضاهما عدم الفرق فی الحدّ المزبور بین الحره والأمه والمسلمه والکافره والعاعله والمفعوله، ولکن مقتضی کون حد المساحقه حدّ الزانی هو التنصیف فی الأمه، اضف الی ذلک ما تقدم من أنّ ما کان من حدود اللّه ینتصف للعبد والأمه.

نعم فی مرسله عن أمیر المؤمنین علیه السلام : «السحق فی النساء کاللواط فی الرجال، ولکن فیه جلد»(2)، وقیل: مقتضاها عدم الفرق بین الأمه والحره والمحصنه وغیر المحصنه، کما هو الحال فی حد اللواط، وفیه أنّ المرسله لضعفها سنداً ومعارضتها بما تقدم لا یمکن الاعتماد علیها، وما فی عباره الماتن قدس سره من عدم الفرق بین المحصنه وغیرها ینافی کون حدها حد الزانی.

وقد تقدم عدم العبد فی التفصیل فی حدّ جلد غیر المحصن بین الحر والأمه، ویمکن الاستدلال علی التنصیف ایضاً باطلاق قوله سبحانه: «فَاِذا اُحْصِنَّ فَاِنْ اَتَیْنَ بِفاحِشَهٍ فَعَلَیْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَی المُحْصِناتِ مِنَ العَذابِ»(3)، وحیث إنّ الفاحشه لا تختص بالزنا، وتعم المساحقه ایضاً.

[1] والوجه فی الاولویه الأخذ بالاطلاق فی صحیحه زراره المتقدمه عن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب السحق، الحدیث 2: 425.
2- (2) المستدرک : 18، الباب 1 من أبواب السحق، الحدیث 4: 86.
3- (3) النساء: 25.

....

الشَرح:

أبى جعفر عليه السلام : «السحاقه تجلد» وما فى المرسله المتقدمه عن أمير المؤمنين عليه السلام : «السحق فى النساء كاللواط فى الرجال، ولكن فيه جلد مائه لأنّه ليس فيه ايلاج»، فانّ مقتضى التعليل والاطلاق فى الصدر عدم الفرق فى الجلد بين المحصنه وغيرها.

ولكن عن الشيخ قدس سره فى النهايه والمحكى عن ابن حمزه والقاضى: انّ الحدّ مع الاحصان الرجم، ومال اليه فى المسالک: فانّ التفصيل مقتضى تعيين حدّ السحق فى حدّ الزانى، وقد عنون فى الوسائل بأنّ حد السحق حدّ الزنا مائه جلده مع عدم الاحصان والقتل معه.

ويدلّ على كون الحدّ مع الاحصان الرجم، صحيحه محمّد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر وأبا عبداللّه عليهم السلام يقولان: «بينهما الحسن بن على فى مجلس أمير المؤمنين عليه السلام إذا أقبل قوم فقالوا: يا ابا محمّد أردنا أمير المؤمنين عليه السلام ، قال: وما حاجتكم، قالوا: أردنا أن نسأله عن مسأله، قال: وما هى تخبرونا بها، قالوا: أمرأه جامعها زوجها، فلمّا قام عنها قامت بحموتها فوقعت على جاريه بكر فساحقتها فوقعت النطفه فيها فحملت، فما تقول فى هذا، فقال الحسن: معضله وأبو الحسن لها، واقول: فان اصبت فمن اللّه ومن أمير المؤمنين وإنّ أخطأت فمن نفسى فارجو أن لا أخطى ء انشاء اللّه، يعمد الى المرأه فيؤخذ منها مهر الجاريه البكر فى أوّل الولد لا يخرج منها حتّى تشق فتذهب عذرتها، ثم ترجم المرأه لأنّها محصنه»(1).

ودعوى أنّ مثل ذلک معرض عنها عند المشهور، فانّهم عيّنوا الحدّ فى الجلد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدّ السحق والقياده، الحديث 1: 426.

ثبوت القتل فى المره الرابعه من المساحق مع تخلل الحد ثلاثاً

وإذا تكرّرت المساحقه مع إقامه الحدّ ثلاثاً قتلت فى الرابعه[1].

الشَرح:

بلا فرق بين الاحصان وغيره، يدفعها أنّ الاعراض على تقديره، فلعله للأخذ بالاطلاق المتقدّم وللاحتياط فى الدماء، وما هو المعروف عندهم من درء الحدّ بالشبهه، ولكن شى ء من ذلک لا يوجب رفع اليد عن الدليل، لأنّ الاحتياط مورده فقد الدليل على الرجم ومع تعيين الحدّ بالدليل لا شبهه، مع أنّ درء الحدّ بالشبهه معناه عدم اجراء الحدّ مع عدم احراز الموضوع له لا عدم اعتبار الأدله الاجتهاديه فى تعيين الحدّ أو ثبوته.

[1] الحدّ فى كل من اللواط من غير ايقاب والسحق وإن كان الجلد بمائه، إلاّ أن الماتن قدس سره فرّق بينهما بأنّ حدّ اللواط المزبور إذا اقيم على المرتكب مرتين يقتل فى الثالثه بخلاف حد السحق، فانّه إذا اجرى على المرتكب ثلاث مرّات يقتل فى الرابعه، ولعل الوجه فى التفرقه ما ورد فى الصحيح عن ابن أبى عمير، عن محمّد بن أبى حمزه وهشام وحفص، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «السحق حدّها حد الزانى».

وقد تقدم أنّ الزانى إذا جلد ثلاث يقتل فى الرابعه وكذا الحال فى الزانيه، ويجرى ذلک على السحق ايضاً بخلاف اللواط من غير ايقاب، فانّ مقتضى صحيحه يونس بن عبدالرحمن المتقدمه قتل أصحاب الكبائر إذا اقيم عليهم الحد مرتين فى الثالثه.

ولكن يشكل بأنّه قد ورد فى اللواط ايضاً أنّ اللواطى أو الملوط حدّ الزنا، وحملوه على اللواط من غير ثقب، وذكرنا أنّه يؤخذ بمقتضى صحيحه يونس فى اللواط بالمعنى الذى ذكروه، وكذا يؤخذ به فى السحق ايضاً، لأنّ ظاهر صحيحه ابن أبى عمير انّ حدّ السحق فى المقدار كحدّ الزنا لا أنّ السحق كالزنا، فهى مثل ما

عدم سقوط حد المساحق بالتوبه

ويسقط الحدّ بالتوبه قبل البينه ولا يسقط بعدها، ومع الاقرار والتوبه يكون الامام مخيرا[1].

والاجنبيّتان إذا وجدتا فى ازار مجرتيّن عزرت كل واحده دون الحدّ، وان تكرّر الفعل منهما والتعزير مرتين أقيم عليهما الحدّ فى الثالثه، وإن عادتا قال فى النهايه: قتلتا، والأولى الاقتصار على التعزير احتياطاً فى التهجم على الدم [2].

الشَرح:

ورد: حدّ شرب المسكر أو شاربه حدّ القاذف لا أنّ ما يترتب على أحدهما يترتب على الآخر.

اللّهم إلاّ انّ يقال: انّ القتل بعد الجلد ثلاث مرات فى الزنا حدّ، فمقتضى قوله عليه السلام : السحق حدها حد الزانى يقتضى ذلک فى السحق.

[1] قد تقدم الكلام فى أنّ سقوط الحدّ بالتوبه قبل قيام البينه بحيث لو قامت بعد التوبه على ارتكابه السابق لا يتعلق به الحد مدلول مرسله جميل، ولارسالها لا يمكن الاعتماد عليها، نعم ذكرنا أنّ المرتكب إذا تاب فلا وزر عليه فى عدم تسليم نفسه على اقامه الحدّ عليه، ولو كان ذلک بعد قيام البينه.

[2] ذكرنا سابقاً أنّ اجتماع المرأتين مجردتين كاجتماع رجلين مجردين تحت ثوب واحد يوجب الجلد بتسعه وتسعين سوطاً، وان هذا حدّ، وما ورد فى بعض الروايات المعتبره من نفى الحدّ فيه المراد نفى الحدّ التام يعنى مائه جلده، كما عبر عن ذلک بالجلد بمائه إلاّ سوطاً.

وعليه يكون تكراره مع اجراء الحد بمرتين موجباً للقتل فى المره الثالثه، كما استظهرناه من صحيحه أبى خديجه، وقلنا أنّه مقتضى صحيحه يونس المتقدمه: «ان اصحاب الكبائر إذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا فى الثالثه».

ولكن المنسوب الى المشهور، كما هو ظاهر كلام الماتن، أنّ الثابت فى

ص :191

....

الشَرح:

الاجتماع فى ازار واحد مجردتين التعزير من ثلاثين الى تسعه وتسعين سوطاً، وعليه فلا يمكن الأخذ بعد التعزير بمرتين بصحيحه يونس المتقدمه، حيث انّها لا تعمّ اقامه التعزير بمرتين بل يكون الثابت فى المره الثالثه الحدّ التام، كما ورد ذلک فى صحيحه أبى خديجه.

نعم قد ورد فيها: القتل فى المره الرابعه، ولكن بما أنّ القتل لا يخلو عن التهجم على الدم، فالاحوط الاقتصار على التعزير ايضاً بمرتين والحدّ التام فى المره السادسه، وإذا جرى اقامه الحدّ التام بمرتين تقتل فى السابعه، وفى الجواهر: فى التاسعه أو الثانيه عشر، وكأن مراده قدس سره انّ ارتكاب الكبيره ثلاث مرات يكون فى التاسعه واربع مرات يكون فى الثانيه عشر.

أقول: لا يمكن المساعده على ما ذكر الماتن بوجه، فانّ الوارد فى صحيحه أبى خديجه كما ذكرنا هو أنّ على كل من المرأتين الحدّ فى الثانيه ايضاً، فان قلنا إنّ المراد من الحد فى المره الثالثه هو الحدّ جرى ذلک فى المره الثانيه ايضاً، وإنّ قلنا إنّ المراد بالحدّ فى المره الثانيه اللجلد بتسعه وتسعين جرى ذلک فى المره الثالثه ايضاً، فالتفكيک بين الثانيه والثالثه بلا وجه، كما أنّ القتل بعدها مع اعتبارها سنداً ودلاله لا يكون من التهجم على الدماء كما لا يخفى.

وقد تقدم أنّ ظاهرها فرض جهل المرأتين بالحرمه فى المره الاولى، فيكون القتل فى الرابعه قتلاً فى المره الثالثه بعد اقامه الحدّ بمرتين.

نعم، يبقى فى البين، أمر، وهو إنّ الاجتماع فى ازار واحد لا يزيد فى الحرمه على الزنا الموجب للجلد وكالزانى، وكذا الزانيه تقتل فى المره الرابعه، فكيف تقتلان المجتمعتان فى المره الثالثه، ويمكن الجواب عن ذلک بأنّ مجرّد الاستعباد

....

الشَرح:

لا يوجب رفع اليد عن ظهور الدليل.

ثم إنّ ظاهر الكلام الماتن قدس سره أنّ الثابت على المجتمعين فى ازار واحد مجرّدين تعزير، وبما أنّه قدس سره عيّن غايته بتسعه وتسعين، فيعلم ما هو المتسالم عليه من أنّ التعزير يكون دون الحدّ هو عند الماتن دون حدّ الزنا أى مائه جلده وحيث إنّ أكثر الحدّ فى الحر مائه جلده كما فى الزنا، وأقله ثمانين كما فى شرب الخمر والقذف، واكثره فى المملوک خمسون واقله اربعون.

ذهب جماعه إلى أنّ التعزير لا يبلغ الحد الكامل أى مائه جلده، سواء كان موجب التعزير ممّا يناسب الزنا ونحوه أو كان مناسباً لشرب الخمر والقذف، وهذا فى تعزيرالحر، وأمّا إذا كان الارتكاب من عبد أو أمه فالتعزير يكون أقلّ من خمسين، وذهب بعض الى تفصيل آخر، وهو إنّ موجب التعزير إذا كان مناسباً للزنا ونحوه يكون أقل من المائه، وإذا كان مناسباً لشرب الخمر والقذف يكون أقلّ من ثمانين.

ولكن فى صحيحه حماد بن عثمان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قلت له: كم التعزير؟ فقال: «دون الحدّ»، قال: قلت: دون ثمانين؟ قال: «لا ولكن دون اربعين فانها حدّ المملوک»، قلت وكم ذاک؟ قال: «على قدر ما يراه الوالى من ذنب الرجل وقوه بدنه»(1)، وظاهر، أنّ التعزير يكون أقلّ من الاربعين، بلا فرق بين ارتكاب الحر أو المملوک، وبلا فرق بين مناسبه ما ارتكبه للزنا ونحوه وعدم مناسبه له.

وفى موثقه اسحاق بن عمار، قال: سألت إبراهيم عليه السلام عن التعزير كم هو؟

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 3: 583.

عدم ثبوت الكفاله والشفاعه فى الحد

مسألتان:

الاولى: لا كفاله فى حدّ ولا تأخير فيه مع الامكان والامن من توجه ضرر، ولا شفاعه فى اسقاطه[1].

الشَرح:

قال: «بضعه عشر سوطاً ما بين العشره والعشرين»(1).

ولو امكن الجمع بين الموثقه المانعه عن التعزير بأزيد من عشرين، والصحيحه كالصريحه فى جوازه بأزيد منه بالقرينه العامه، وهى أنّ التعزير مع كونه عقوبه يكون الغرض الأدب والممانعه عن تكرار الارتكاب، وبما ورد فى الصحيحه: «على قدر ما يراه الوالى من ذنب الرجل وقوه بدنه»، بحمل الموثقه على صوره احتمال الارتداع بالعشرين وما دون، فهو وإلاّ يتعارضان ويتساقطان فى تحديد التعزير بما دون الاربعين أو ما دون العشرين، فيرجع الى اطلاقات التعزير، والثابت من تقييدها عدم كون التعزير بمقدار الحدّ أى المائه، وأمّا اعتبار كونه أقل من الاربعين فهو مدلول الصحيحه المفروض تعارضها مع الموثقه.

ومن الظاهر أنّه لا اعتبار بالمدلول الالتزامى للمتعارضين بعد سقوطهما عن الاعتبار فى مدلولهما المطابقى، وعدم جواز كون الحدّ بأزيد من الاربعين مدلول التزامى كما لا يخفى.

[1] الكفاله بمعنى ضمان مكلّف للحاكم أن يجىء بمرتكب موجب الحدّ لاقامته عليه زمان مطالبته، نظير الضمان للدائن ان يحضر المدين عند مطالبته والكفاله غير ممضاه شرعاً فى الحدّ، سواء كان حدّ الزنا أو غيره.

وقد يستدل على عدم الامضاء بأنّ الكفاله تؤدّى الى التأخير فى اقامه الحد على المرتكب، ولا يجوز التأخير فى اقامته، كما يشهد لذلک معتبره السكونى فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 1: 583.

....

الشَرح:

ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام : «إذا كان فى الحدّ لعل أو عسى فالحدّ معطل»، وذكر فى الوسائل وأنها روايه الصدوق باسناده الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ، ولكنها فى الفقيه كما ذكرنا مرسله، والاستدلال بهما على عدم مشروعيه الكفاله فى موارد جواز التأخير فى اقامه الحدّ كما فى المريض والحبلى غير تام.

والاستدلال على عدم مشروعيتها فى موارد عدم جواز التأخير فى الحدّ يشبه الأكل من القفاء، حيث إنّ للسكونى معتبره اخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «لا كفاله فى حدّ»(1).

وأمّا عدم الشفاعه للحاكم فى اسقاط الحدّ عن المرتكب أو عدم اجرائه عليه، فهو مقتضى ما دلّ على وجوب إقامه الحدّ على الحاكم مع ثبوت الموجب بالبينه، وأنّه لا يجوز له العفو، بل إذا كان ثبوته بالاقرار فالشفاعه ايضاً لا اثر لها، ولو رأى الحاكم الصلاح فى جواز عفوه جاز له العفو لا بعنوان الشفاعه.

وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال أمير المؤمنين عليه السلام : «لا يشفعنّ احدكم فى حدّ إذا بلغ الإمام فانّه لا يملكه واشفع فيما لم يبلغ الإمام إذا رأيت الندم الحديث»(2).

والظاهر أنّ الشفاعه فيما لم يبلغ الإمام بأنّ لا يشهدوا عنده ولا يأخذوا المرتكب اليه إذا احرز ندمه عما فعله، واللّه هو العالم.

ص :195

1- (1) الوسائل: 18، الباب 21 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 333.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 333.

الثانيه: لو وطأً زوجته فساحقت بكراً فحملت، قال فى النهايه: على المرأه الرجم[1] وعلى الصبيه جلد مأه بعد الوضع ويلحق الولد بالرجل ويلزم المرأه المهر.

الشَرح:

[1] ما ذكر الشيخ قدس سره فى ناحيه يدلّ عليه صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر وأبى عبداللّه عليهم السلام ، وقد تقدّم نقلها آنفا(1).

وذكرنا أنّه لا وجه لرفع اليد عنها، وانّها مقيده لما دلّ على أنّ حدّ السحق مائه جلده، حيث يختص الجلد بصوره عدم احصان المرأه، كما هو الحال فى ناحيه الجاريه التى عبر بالصبيه، ولكن من الظاهر أنه قد فرض فى ناحيتها البلوغ كما هو فرض كونها حامله.

والمناقشه فى لحوق الولد بصاحب الماء، بأنّ اللازم فى لحوق الدلد الوط ء الصحيح أو الوط ء شبهه ضعيفه، لأنّه ليس فى النسب حقيقه شرعيه، فالاب فى الانسان صاحب الماء والاُم من حملته ووضعته، غايه الأمر حكم الشارع فى مورد الزنا بانقطاع النسب بالاضافه الى التوارث، ولا يمكن التعدى الى السحق لاحتمال الخصوصيه فى الزنا الموجبه للحكم المزبور.

وأمّا المهر على المرأه التى ساحقتها فيلتزم به، ولا يجرى ما ذكر فى الزانيه من عدم الديه لعذرتها، لما دل أنّه لا مهر فى الزنا، بل لو كان فى البين اطلاق يشمل السحق يرفع عنه اليد، لدلاله الصحيحه على ثبوته فى السحق مع كون الجاريه بكراً قد حملت به.

وما فى كلام الماتن قدس سره من تعليل الفرق بأنّ الزانيه قد أذنت فى ازاله بكارتها بخلاف الصبيه التى ساحقتها غير تام، لما يأتى فى الديات، من أنّ اذن شخص

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حدّ السحق والقياده، الحديث 1: 426.

القياده

تعريف القياده

أمّا الرجم: فعلى ما مضى من التردّد، واشبهه الاقتصار على الجلد، وأمّا جلد الصبيه فموجبه ثابت وهى المساحقه، وأمّا لحوق الولد فلأنّه ماء غير زان وقد انخلق منه الولد فيلحق به، وأمّا المهر فلأنها سبب فى ذهاب العذره وديتها مهر نسائها، وليست كالزانيه فى سقوط ديه العذره، لأنّ الزانيه أذنت فى الافتضاض وليست هذه كذا، وانكر بعض المتأخرين ذلک فظنّ أنّ المساحقه كالزانيه فى سقوط ديه العذره وسقوط النسب.

وأمّا القياده:

فهى الجمع بين الرجال والنساء للزنا، أو بين الرجال والرجال للّواط[1]،

الشَرح:

لآخر فى الجنايه عليه الموجبه للقود أو الديه لا يوجب سقوطهما.

وعلى الجمله، فالاظهر فى المسأله ما ذكره فى النهايه وتبعه غيره، والمناقشه بأنّه لا موجب لاعطاء الديه قبل وقوع الجنايه وذهاب العذره، يدفعها بأنّ المراد استحقاقها المهر على المرأه التى ساحقتها.

[1] القياده هى الجمع بين الرجل والمرأه للزنا أو الجمع بين ذكرين للواط، وقيل: حتّى جمع المرأتين للسحق، وقد يناقش شمولها للجمع بين المرأتين للسحق حيث شمول معناها على ذلک غير محرز، ولكن لا ينبغى التأمّل فى حرمته ايضاً.

والمذكور فى كلام الاصحاب أنّ حدّ القياده خمس وسبعون جلده ثلاثه ارباع حدّ الزنا، وثبوته يكون بشهاده عدلين أو بالاقرار به مرتين مع كون المقر بالغاً عاقلاً حراً غير مكره.

أمّا ثبوته بالاقرار بمرتين وعدم كفايه المره الوحده، فلما ذكروه من أنّ كل اقرار بأربع مرات، فيكون الاقرار بمرتين بمنزله شهاده عدلين يثبت به كلّ موجب

ص :197

....

الشَرح:

الحدّ إلاّ ما استثنى، وموجبه فى المقام يدخل فى المستثنى منه، وعن المراسم كلّ ما يثبته الشاهدان من الحدود فالاقرار فيه مرتان.

ولكن لا يخفى أنّ تنزل كلّ اقرار منزله شهاده واحده فى الزنا واللواط لا يوجب تسريته الى غيرهما من موجبات الحدّ، كما لا يوجب تسريته الى الاقرار فى مقام المرافعه الى الحاكم، بأنّ يكون ثبوت دعوى المدعى باقرار الخصم بمرتين ليتم ما هو لمنزله البينه على دعواه خصوصاً مع ورد أنّ المرتكب إذا أقر عند الحاكم بارتكابه موجب الحدّ ولو مره واحده يقيم عليه الحدّ.

وفى صحيحه الفضيل، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عند الإمام بحق من حدود اللّه مره واحده حرا أو عبداً أو كانت أو أمه فعلى الإمام ان يقيم عليه الحدّ الحديث»(1).

وعلى الجمله دعوى أنّ ما دل على نفوذ الاقرار مطلقاً ونفوذه فى الحدود كصحيحه لا يمكن الأخذ به، لاعراض المشهور والتزامهم فى الحدود بالتعدد فى الاقرار لا يمكن المساعده عليها، فانّ من المحتمل جداً أن يكون اعتبارهم الاقرار بالمرتين للاحتياط فى اجراء الحدّ، بملاحظه التنزيل الوارد فى الاقرار بالزنا، وأمّا عدم اعتبار شهاده النساء منفردات أو منضمات لما تقدم فى كتاب الشهادات أنّه لا اعتبار بشهادتهن فى الحدود، وذكرنا أنّ شهادتهن لا تكون طريقاً الى ثبوت الارتكاب، وامّا إذا حصل العلم للحاكم فى مقام من شهادتهن لبعض القرائن يكون الثبوت بعلمه لا بشهادتهنّ.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 343.

ثبوت القياده بالإقرار مرتين

ويثبت بالاقرار مرتيّن مع بلوغ المقرّ وكماله وحرّيته واختياره أو شهاده شاهدين[1]:

ومع ثبوته يجب على القوّاد خمسه وسبعون جلده، قيل: يحلق رأسه ويشهر، ويستوى فيه الحر والعبد والمسلم والكافر.

وهل ينفى باوّل مرّه، قال فى النهايه: نعم، وقال المفيد: ينفى فى الثانيه، والاوّل.

مروى، وأمّا المرأه فتجلد وليس عليها جزّ ولا شهره ولا نفى.

الشَرح:

وقد تقدّم اعتبار البلوغ والعقل وعدم الاكراه فى اعتبار الاقرار في كل مقام، وأمّا اعتبار كون المقر حراً ولا يسمع اقرار العبد فلكونه اعترافاً على الغير وهو مولاه.

وقد ورد فى صحيحه فضيل نفوذ اقرار العبد ولأمه على ارتكابه موجب الحدّ، ويقال: يرفع اليد عن اطلاقها وحملها على صوره تصديق مولاه، وفى صحيحه الفضيل بن يسار، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا أقرّ المملوک على نفسه بالسرقه لم يقطع وإذا شهد عليه شاهدان قطع»(1).

حد القياده ثلاثه أرباع حد الزانى

[1] وقد ذكروا من غير خلاف معروف أو منقول أنّ الحدّ فى القياده ثلاثه ارباع حدّ الزانى ،ويستدلّ على ذلک بروايه عبداللّه بن سنان قال: قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام : اخبرنى عن القواد ما حده؟ قال: «لا حدّ على القواد أليس انما يعطى الأخر على ان يقود»، قلت: جعلت فداک انما يجمع بين الذكر والانثى حراماً؟ قال: «ذاک المولف بين الذكر والانثى حراماً»، فقلت: هو ذاک، قال: «يضرب ثلاثه ارباع حدّ الزانى خمسه وسبعون سوطاً وينفى من المصر الذى هو فيه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 35 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 532.

....

الشَرح:

الحديث»(1).

وهذه الروايه وان تكون ضعيفه سنداً، حيث إنّ الراوى عن محمّد بن سليمان يعنى إبراهيم بن هاشم، قرينه على انّ محمّد بن سليمان هو الديلمى وهو ضعيف، واستناد المشهور اليها وان كان غير بعيد، بقرينه التزامهم بنفى القواد وهو وارد فيها، وان قال بعضهم بكون النفى فى المره الثانيه، ومقتضى اطلاق الروايه هو النفى فى المره الاولى.

ولكن من المحتمل أن يكون استنادهم الى الروايه يعنى العمل بها مقتضى الاحتياط، حيث لا ينبغى التأمّل فى تعلق التعزير بالقواد، والوارد فى الروايه أقل من حدّ الزنا، فالتزموا بما فى الروايه لانطباق عنوان التعزير عليه وشرطه موجود وهو كونه اقلّ من الحدّ، فاجراء الوارد فيها على القواد جايز حدّاً أو تعزير.

ويؤيد كون ما ذكر من التعزير ما تقدم فى مثل صحيحه حماد بن عثمان، من أقلّ الحدّ فى الحر هو ثمانون وأمّا النفى فضلاً عن حلق رأسه وتشهيره فلا يمكن الالتزام بوجوهما، لضعف الروايه وظهور وجه استنادهم وعملهم بها، ولا أقلّ من احتمال كون ما ذكر وجهاً لعملهم بها، هذا بالاضافه الى الرجل.

وأمّا المرأه، فلا وجه للالتزام فى حقها بالنفى، فانّ فى اشتراک المرأه مع الرجل فى مقدار الجلد، وأمّا النفى فلا وثوق بالالحاق لو لم نقل بالوثوق بعدمه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد السحق والقياده، الحديث 1: 429.

النظر الأول: فى الموجب

تعريف القذف وشده حرمته

الأولى: فى الموجب

وهو الرمى بالزنا أو اللواط، كقوله زنيت أو لطت أو ليطِ بک، أو أنت زان أو لايط أو منكوح فى دبره، وما يؤدى هذا المعنى صريحاً، مع معرفه القائل بموضوع اللفظ بأى لغه اتفق[1].

الشَرح:

[1] من الكبائر القذف، كما ورد فى الروايات الوارده فى تعيين الكبائر، وقد ذكر سبانه وتعالى: «وَالذَّينَ يَرمُونَ المُحْصناتِ ثُمَّ لَمْ يَأتُوا باربَعَه شُهداَء فَاجلِدوُهُمْ ثَمانينَ جَلدَةً وَلا تَقْبَلوُا لَهُم شَهادَةً أبَداً اُلئِکَ هُمُ الفاسِقُونَ»(1).

والقذف، وان كان بمعنى الرمى لغه، إلاّ أنّ المراد به فى المقام هو الرمى بالزنا أو اللواط، وكون الرمى بالثانى قذفاً ايضاً مما لا خلاف فيه.

ويدلّ عليه موثقه عباد بن صهيب، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال سمعته يقول: «كان على عليه السلام يقول: إذا قال الرجل للرجل يا معفوج يا منكوح فى دبره، فانّ عليه حدّ القاذف»(2)، وقريب منها غيرها.

وأمّا الرمى بالسحق، فقد يقال بشمول الآيه المباركه له، حيث إنّ رمى المحصنات يشتمل رميهنّ بالزنا أو السحق، ولذا يعتبر فى ثبوت السحق كالزنا شهاده الاربعه ويثبت فيه حدّ الزنا على ما تقدّم.

ويمكن أن يقال بعدم كون الرمى بالسحق قذفاً، حيث ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن الفريه ثلاث

1- (1) النور: 4.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب السحق والقياده، الحديث 1: 426.

ولو قال لولده الذّى اقرّ به لست ولدى، وجب عليه الحد[1]، وكذا لو قال لغيره لست لابيک، ولو قال: زنت بک امک أو يابن الزانيه، فهو قذف للأم، وكذا لو قال: زنى بک أبوک أو يابن الزانى، فهو قذف لابيه، ولو قال: يابن الزانيين، فهو قذف لهماو يثبت به الحد، ولو كان المواجه كافرالان المقذوف ممن يجب له الحد.

الشَرح:

يعنى ثلاث وجوه إذا رمى الرجل الرجل بالزنا، وإذا قال: ان اُمه زانيه، وإذا دعا لغير ابيه، فذلک فيه حدّ ثمانون»(1).

وظاهرها حصر القذف الموجب للجلد بثمانين فى رمى الغير بالزنا أو رمى امه أو رمى أبيه، غايه الأمر يرفع اليد عن اطلاقها فى الرمى باللواط لما تقدم، ويؤخذ فى غيره بمقتضى الحصر، اللّهم إلاّ انّ يقال: صحيحه عبداللّه بن سنان فى مقام بيان القذف الغالب، فلا تمنع عن الأخذ بالاطلاق فى الآيه المباركه.

ثم إنّ الرمى بالزنا أو اللواط وكذا الرمى بالسحق، بناءً على كونه قذفاً، لا يتحقق إلاّ بمعرفه القائل بمعنى اللفظ الذى يتلفظ به، سواء كان المخاطب ايضاً عارفاً بمعناه أو جاهلاً به، لصدق الفريه ورميه بالزنا أو اللواط ولو مع جهل المخاطب بالمعنى.

[1] أى حد القذف لأمه، وكذا إذا قال لغيره: لست لابيک يكون قذفاً لاُم الغير، وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من أقر بولد ثم نفاه جلد الحدّ والزم الولد»(2)، وإذا كان الاول قذفاً لاُمّ الولد الذى أقرّبه يكون الثانى ايضاً قذفاً لاُم الغير، نظير ما قال لولده أو للغير: زنت بک امک أو يابن الزانيه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد القذف ، الحديث 2: 432.
2- (2) الباب 23، من أبواب حد القذف، الحديث 1: 457.

ولو قال: ولدت من الزنا، ففى وجوب الحدّ لامّه تردد، لاحتمال انفراد الأب بالزانى ولا يثبت الحدّ مع الاحتمال[1]، وأمّا لو قال: ولدتک امک من الزنا،

الشَرح:

ولكن عنوان القذف ورمى الغير بالزنا يتحقق فى الاولين، فيما إذا قصد التعرض لامه باتهامها أو الحكايه بفاحشتها التى ارتكبتها، وأمّا إذا كان القصد توبيخ الولد أو الغير بسوء أدبه، وانّه لم يتأدب ولده بأدبه أو الغير بأدب والده، وانّه ليس فيه صفاته، كما هو المتعارف فى مقام توبيخ ولد الغير، فلا ينطبق عليهما عنوان القذف أصلاً.

وعلى الجمله، كون الاولين قذفاً فيما كان ظاهر كلامه اتهام الاُم رميها بالفاحشه، كما فى قوله: زنت بک أمک أو يابن الزانيه وكون الاُم زانيه، لا يقتضى كون الوط ء من الواطى زنا، لاحتمال كونه بنحو الشبهه، بل لو صرح بابن الزانيه بزان لا يكون الكلام إلاّ قذفاً للاُم لعدم تعيين الزانى بها، وهذا بخلاف ما لو قال: زنى بک أبوک أو يابن الزانى، فانّه قذف لابيه، ولو قال: يابن الزانيين، فهو قذف لأبيه وأمّه حيث رمى كلاً منهما بالزنا.

وعلى ذلک، فالحدّ عليه حدّ القذف لامه فى الاولين، ولابيه فى الثانيين، وفى الصوره الاخيره عليه حدّان لقذف امه وابيه، وامّا المتوجه اليه خطابه أي الأبن فلا قذف بالاضافه اليه لعدم رميه، ولذا لو كان الابن المخاطب كافراً يثبت الحدّ على القاذف لقذفه اباه وأمّه المسلين.

نعم، يتوجه الالتزام بتعزيره لايذاء الابن المخاطب إذا كان للابن حرمه، كما هو الحال فيما لو قال: ولدت من الزنا.

[1] ذكر الماتن قدس سره أنّه لو قال ولدت من الزنا، ففى ثبوت حدّ القذف لامه تردّد، لاحتمال كون مراد المتكلم انفراد أبيه بالزنا، ولا يثبت حدّ القذف لشخص

فهو قذف للأم[1]، وهذا الاحتمال اضعف، ولعل الاشبه عندى التوقف، لتطرق الاحتمال وان ضعف.

الشَرح:

مع احتمال قذفه.

وبتعبير آخر يحتمل أن لا يكون زنا من ناحيه اُمّه بأنّ تكون مكرهه أو مشتبهه، ومع انفراد، واطى اُمّه بالزنا يصدق قول القائل: ولدت من الزنا، وقد يضاف إلى ذلک أنّه يثبت حقّ القذف لأبيه ايضاً، لاحتمال أنّ الزنا كان من اُمّه فقط، بأن كان أبوه مشتبهاً أو مكرهاً، ولو من قبل غير اُمّه، ومع ثبوت الاحتمال لا يثبت حدّ القذف.

وقد يقال: كما عن المسالک: انّه يتعلق على المتكلم حدّ القذف إذا اجتمع أبوه وامّه على مطالبه الحدّ، لأنّ المقذوف أحدهما يقيناً، ومع مطالبتهما يحرز مطالبه المستحق، بخلاف ما لم يطالبه إلاّ أحدهما، فانّه لم يحرز قذفه ليستحق المطالبه بالحدّ.

أقول: لا يبعد أن يقال: ظاهر ما ورد فى حدّ الفريه والقذف رمى المعين بالرنا أو غيره من الفاحشه، ومع عدم تعيين شخص فى رميه يخرج عن مدلول خطابات حدّ القذف، ولو لم يكن الخروج محرزاً فلا أقلّ من عدم ظهور تلک الخطابات فى العموم.

نعم، يتعلق بالرامى التعزير لإيدائه الشخصين بجعله كلاً منهما فى معرض الاتهام، بل لإيذاء الابن ايضاً كما تقدم، اللّهم إلاّ أن يقال: المتفاهم العرفى من قوله ولدت من الزنا كون الولاده القائمه بين أبيه وامّه المعروفين كانت بزناهما، فيكون قذفاً ايّاهما، ولكنه لا يخلو عن تأمّل بل منع.

[1] فرق قدس سره بين قول القائل للمخاطب: ولدت من الزنا، وبين قوله: والدتک

ولو قال: يا زوج الزانيه، فالحدّ للزوجه[1]، وكذا لو قال: يا أبا الزانيه أو يا أخا الزانيه، فالحدّ لمن نسب اليها الزنا دون المواجه.

ولو قال: زنيت بفلانه أو لطت به، فالقذف للمواجه ثابت[2]، وفى ثبوته للمنسوب اليه تردد، قال فى النهايه والمبسوط: يثبت حدّان لأنّه فعل واحد متى كذب فى احدهما وكذب فى الآخر، ونحن لا نسلّم انّه فعل واحد، لإنّ موجب الحد فى الفاعل غير الموجب للمفعول، وحينئذٍ يمكن أن يكون احدهما مختاراً دون صاحبه.

الشَرح:

أُمک من الزنا، بظهور الثانى فى رميه أُمّه بالزنا واحتمال كون مراده استقلال أبيه بالزنا، بان كانت أُمه مكرهاً عليها أو مشتيهه، أضعف من الاحتمال فى الصوره الاولى، ثم توقف فى كونه قذفاً للاحتمال المزبور وان كان ضعيفاً، وعلى الجمله يعتبر فى القذف أن يكون المقذوف والمرمى بالفاحشه شخصاً معيناً بحسب ظاهر كلامه.

[1] قد ظاهر ممّا تقدم أنّ حدّ القذف يتعلق بالقاذف ولكنه حقّ للمقذوف المعين، وتعيين من يتوجه اليه كلام القاذف أى مخاطبه لا يلازم تعيين المقذوف، وعليه فلو قال للزوج: يا زوج الزانيه، فالحدّ حق لزوجته، لانها المنسوب اليها فى الرمى بالزنا، وكذا لو قال: يا ابا الزانيه، ويا اخا الزانيه، فالحد يثبت لمن نسب الزنا اليه من بنته أو اخته.

ولكن هذا إذا لم يكن للمخاطب زوجات أو زوجتان، أوبنتان أو أكثر، أو اختان أو أكثر، وإلاّ لما كان يثبت حدّ القذف لواحد لعدم التعيين، نعم يثبت عليه التعطزير لإيذائه كلاً من الاثنين أو اكثر على ما تقدم.

[2] لا تأمّل فى الكلام المزبور قذفاً للواجه حيث رماه بالزنا أو اللواط،

لو قال لابن الملاعنه، يا ابن الزانيه فعليه الحد[1].

الشَرح:

والمحكى عن الشيخ وكذا المفيد وجماعه قدس سرهم انّه قذف ايضاً بالاضافه من عينه فى الزنا بهما أو اللواط به، واستدلوا على ذلک بأنّ الزنا أو اللواط فعل واحد قائم بالاثنين، وإذا كان المخبر كاذباً فى اسناده الى الفاعل يكون كاذباً فى اسناده الفعل الى المفعول به.

واجاب الماتن قدس سره : انّ موجب الحدّ ليس ذات الفعل بل تعنونه بعنوان يوجب الحدّ والفعل بهذا العنوان مضاف الى المواجه، وحصوله بالاضافه الى المواجه لا يلازم حصوله بالاضافه الى من عينه بانها المزنى بها أو الملوط به.

وعلى الجمله، الكذب والافتراء فى الفعل القائم باثنين كالصدق فيه، وإذا قال لامراته: يا زانيه انا زنيت بک، فان أقرّ بزناه اربع مرات يجرى عليه حدّ الزنا، مع أنّه لا يتلق الحد بالمرأه بل لها حد القذف.

كما يظهر ذلک من صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى عليه السلام فى رجل قال لامرأته: يا زانيه أنا زنيت بک، قال: «عليه حدّ واحد لقذمه اياها، واما قوله انا زنيت بک فلا حدّ فيه إلاّ ان يشهد على نفسه اربع شهادات بالزنا عند الإمام»(1).

[1] بلا خلاف معروف أو منقول، لأنّ اللعان تدرء الحدّ، يعنى حد القذف عن زوجها، لا أنها مثبته لزناها، ولذا لو قال الزوج لها: يا زانيه، أو لابنها: يا ابن الزانيه، يثبت لها حدّ القذف.

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل قذف ملاعنه قال: «عليه الحدّ»(2)، وفى صحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، عن أبيه قال: «يجلد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 446.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب حد القذف، الحديث 3:442.

ولو قال لابن المحدود قبل التوبه لم يجب به الحدّ، وبعد التوبه يثبت الحد[1].

الشَرح:

قاذف الملاعنه»(1).

وقد تقدم أنّ درء العذاب عن الزوجه بلهانها عدم بقاء مورد لثبوت رمى زوجها باربعه شهود بعد لعانها، كما لا يخفى.

[1] يعنى لو قال لابن المحدوده: يا ابن الزانيه، أو للمحدوده: يا زانيه، فان كان القول المزبور قبل توبه المحدوده لم يجب على القائل حدّ، لسقوط المقذوف عن الاحصان بثبوت فجورها، نعم لو قال ذلک بعد توبتها كان الكلام المزبور قذفاً اياها مع احصانها، لظهور الكلام المزبور فى فعليه الوصف فيكون قذفاً.

نعم، لو ذكر فى كلامه مايسقطه عن الظهور فى فعليه الوصف لم يتعلق على القائل إلا التعريز لإيذاء الاُم أو الولد بالكلام المزبور، وفى روايه الفضل بن إسماعيل الهاشمى، عن أبيه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام وأبا الحسن عليه السلام عن امرأه زنت فاتت بولد واقرت عند امام المسلين بأنّها زنت وانّ ولدها ذلک من الزنا فاقيم عليها الحدّ، وانّ ذلک الولد نشأ حتّى صار رجلاً فافترى عليه رجل، هل يجلد من افترى عليه؟ فقال: «يجلد ولا يجلد»، فقلت: كيف يجلد ولا يجلد؟ فقال: «من قال له يا ولد الزنا لم يجلد وانّما يعزر وهو دون الحدّ، ومن قال له يابن الزانيه جلد الحدّ تاماً»، فقلت: وكيف صار هكذا؟ فقال: انّه إذا قال له يا ولد الزنا كان قد صدق فيه وعزّر على تعبير اُمّه ثانيه، وقد اقيم عليها الحدّ وان قال له يابن الزانيه جلد الحدّ تاماً لفريته عليها بعد اظهارها التوبه واقامه الإمام الحدّ عليها»(2).

1- (1) الباب 18، من أبواب حد القذف، الحديث 1: 44.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 441.

ولو قال لامرأته: زنيت بک، فلها حدّ التردّد المذکور، ولا يثبت فی طرفه حدّ الزنا حتی يقر أربعاً[1].

ولو قال يا ديوث أو يا کشخان، أو يا قرنان، أو غير ذلک من الالفاظ، فان افادت القذف فی عرف القائل لزمه الحد[2].

وان لم يعرف فائدتها أو کانت مفيده لغير فلا حدّ، ويعزّر ان افادت فائده يکرهها المواجه.

وکلّ تعريض بما يکرهه المواجه ولم يوضع للقذف لغه ولا عرفاً يثبت به التعزير لا الحدّ، کقوله: أنت ولد حرام، أو حملت بک أمّک فی حيضها، او يقول لزوجته: لم اجدک عذراء، أو يقول: يا فاسق يا شارب الخمر، وهو متظاهر بالستر أو يا خنزير، يا حقير ويا وضيع، ولو کان المقول له مستحقاً للاستخفاف فلا حدّ ولا تعزير، وکذا کلّ ما يوجب اذی، کقوله: يا أجذم أو يا ابرص.

الشَرح:

[1] يستدلّ علی الحدّ للمرأه علی زوجها وتعلق حدّ الزنا بالزوج مع تکرار اعترافه بزناه اربع مرات، بصحيحه محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر عليه السلام فی رجل قال لامرأته: يا زانيه وانا زنيت بک، قال: «عليه حدّ واحد لقذفه اياها، وأمّا قوله انا زنيت بک فلا حدّ فيه إلاّ ان يشهد علی نفسه اربع شهادات بالزنا عند الإمام»(1).

ولکن لا يخفی ظهورها فی عدم الحدّ للمرأه فی قوله زنيت بک، وان ثبوته لها لقول الرجل أولاً يا زانيه، وأما القول المزبور فلا اثر له إلاّ أن يکرّره أربع مرات ليثبت زناه بتمام الاقرار بأربع مرات.

[2] قيل: الديوث من يعلم زنا زوجته ولا يبالی، وقيل: من يدخل الغير علی زوجته، والقرنان من يرضی ان يدخل علی بناته، والکشخان من يدخل الرجال

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 446.

....

الشَرح:

على اخواته، وكيف ما كان فان كان القول المزبور عند القائل الرمى بزوجته أو اخته يثبت لهنّ حقّ القذف عليه وإلاّ يثبت التعزير، كما فى كلّ تعريض لم يكن ظاهراً فى القذف، ولكن يكون ايذاءاً أو تحقيراً أو هتكاً للمواجه أو غيره.

وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل سب رجلاً بغير قذف يعرض به هل يجلد؟ قال: «لا، عليه تعزير»(1).

وفى موثقه يونس بن يعقوب، عن أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام : قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الهجاء بالتعزير»(2).

وفى موثقه اسحاق بن عمار، عن جعفر عن على عليه السلام : «كان يعزّر فى الهجاء ولا يجلد الحد إلاّ فى الفريه المصرحه، أن يقول يا زان أو يابن الزانيه أو لست لابيک»(3).

ولكن كلّ ذلک إذا لم يكن المقول فيه مستحقاً، وإلاّ فلا يثبت الحد ولاالتعزير، كما إذا كان مبدعاً أو متظاهراً بالفسق، نعم يعتبر فى الثانى أن لا يدخل فى عنوان الكذب، لما ورد فى المعلن نفسقه أنّه لا حرمه له(4)، وفى الاول يعنى المبدع يجوز البهتان فضلاً عن التحقير والاهانه.

وفى صحيحه داود بن سرخان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : إذا رأيتهم أهل الريب والبدع من بعدى فاظهروا البرائه منهم وكثروا من سبهم والقول

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 453.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد القذف، الحديث 5: 453.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد القذف، الحديث 6: 453.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 154 من أبواب الشره، الحديث 5: 605.

عدم الحد على قذف الصبى وثبوت التعزير عليه

والثانى فى القاذف.

ويعتبر فيه البلوغ[1] وكمال العقل، فلو قذف الصبى لم يحدّ وعزّر وان قذف مسلماً بالغاً حرّاً، وكذا المجنون.

الشَرح:

فيهم والوقيعه، وباهتوهم لكيلا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، ويحذرهم الناس ولا يتعلّون من بدعهم يكتب لكم بذلک الحسنات»(1).

ويستفاد من صحيحه أبى يعفور(2)الوارده فى طريق العداله، أنّ مع عدم حسن الظاهر لشخص عند قوم يعيش بينهم يجوز اظهار سوئه واعتيابه.

[1] لما دلّ على رفع القلم عن الصبى وأنّه لا يؤخذ بالحدود، وهذا يجرى على المجنون ايضاً، وفى صحيحه فضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «لا حدّ لمن لا حدّ عليه، يعنى لو أنّ مجنوناً قذف رجلاً لم ار عليه شيئاً ولو قذفه رجل فقال: يا زان، لم يكن عليه حدّ»(3)، فانّ الكبرى فى الصدر يعم الصبى ايضاً، والتفسير لا يوجب التقييد، حيث أنّه مثال لما لا يتعلق به الحدّ.

وفى معتبره أبى مريم الانصارى قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يجلد؟ قال: «لا وذلک لو أنّ رجلاً قذف الغلام لم يجلد»(4).

هذا بالاضافه الى الحدّ، وأمّا تعزيره ليتادّب ويمنع عن التعود بالفريه، فيشهد له ما ورد فى تعزيره لسرقته أو شربه المسكر وغيرهما.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 39 من أبواب الأمر والنهى، الحديث 1: 508.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 41 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 288.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 19 من مقدمات الحدود، الحديث 1: 332.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد القذف ، الحديث 1: 439.

وهل يشترط فى وجوب الحدّ الكامل الحرّيه[1]، قيل: نعم، وقيل: لا يشترط، فعلى الأوّل يثبت نصف الحدّ، وعلى الثانى يثبت الحدّ كاملاً، وهو ثمانون.

الشَرح:

[1] المحكى عن الصدوق قدس سره اشتراط الحريه فى تعلق الحد بالثمانين بالقاذف، وكذا عن الشيخ قدس سره فى النهايه والمبسوط، يستدلّ على ذلک بالاطلاق فى قوله سبحانه«وَاِنْ اَتَيْنَ بِفاحِشَهٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصِناتِ مِنَ العَذابِ»(1)، بناءً على شمول الفاحشه فى الآيه القذف ايضاً، ولا يخلو عن تأمّل بملاحظه ما على المحصنات، ومعتبره القاسم بن سليمان، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن العبد إذا افترى على الحرّكم يجلد، قال: «اربعين»، وقال: «إذا أتى بفاحشه فعليه نصف العذاب»(2).

ولكن فى مقابل ما ذكر روايات تدل على عدم الفرق بين العبد والحر فى كون حدّ القذف ثمانين جلده، وفى موثقه سماعه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الرجل إذا قذف المحصنه يجلد ثمانين حرّاً كان أو مملوكاً»(3).

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قذف العبد الحرّ جلد ثمانين، وقال: هذا من حقوق الناس»(4).

وموثقه اخرى لسماعه قال: سألته عن المملوک يفترى على الحر، قال: «يجلد ثمانين»، وقلت فانه زنى، قال: «يجلد خمسين»(5).

1- (1) النساء: 25.
2- (2) الوسائل: 18: الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 15: 434.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 433.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 4: 433.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 5: 433.

....

الشَرح:

ومصححه أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن عبد افترى على حرّ، قال: «يجلد ثمانين» (1)، الى ذلک.

والاظهر هو الحكم بأنّ الحدّ على القاذف ولو كان مملوكاً ثمانون، فانّ الروايات الوارده فى قذف العبد أو عدم الفرق بين قذفه وقذف الحر لكثرتها، وصحه التسويه مدلول السنه لا يكون معارضها معتبراً.

ومع الغض عن ذلک وفرض التعارض فالروايات الكثيره الداله على التسويه موافقه للكتاب المجيد الدال على أنّ حدّ الفريه ثمانون، حيث أنّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الرامى للغير بالزنا حراً أو عبداً.

ودعوى أنّ معتبره قاسم بن سليمان ايضاً موافقه لاطلاق قوله سبحانه «فَإِن اتَينَ بفاحشه فعليهن نصف ما على المحصنات»(2)، وهذه الآيه حاكمه على ادله الحدود، ومنها الآيه الداله على حد القذف والافتراء، لا يمكن المساعده عليها، فانّ الفاحشه وان تعم السحق كما تقدم سابقاً، ولكنها لا تعم القذف بقرينه المحصنات، وقد ذكر قبل الآيه «وَاللّاتى يَأتينَ الفاحِشَهَ مِنْ نِسائكُمْ فَاستَشْهِدوُا عَلَيْهنَّ اَربَعَهً مِنْكُمْ»(3)، والاستشهاد بالاربعه ايضاً قرينه على عدم عمومها للقذف، اضف الى ذلک أنّ الفرق بين العبد والحر فى القذف منسوب الى العامه.

وأمّا ما فى صحيحه محمّد، عن أبى جعفر عليه السلام فى العبد يفترى على الحر، قال: «يجلد حدّاً إلاّ سوطاً أو سوطين» (4)، وقريب منها روايه عبيد بن زراره(5)،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 7: 435.
2- (2) النساء: 25.
3- (3) النساء: 15.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 19: 438.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 434.

ولو ادّعى المقذوف الحريه وانكر القاذف، فان ثبت احدهما عمل عليه وان جهل ففيه تردّد، اظهره[1] أن القول القاذف لتطرق الاحتمال.

والثالث: فى المقذوف.

ويشترط فيه الاحصان، وهو هنا عباره عن البلوغ وكمال العقل والحريه والإسلام والعفه، فمن استكملها وجب بقذفه الحدّ، ومن فقدها أو بعضها فلا حدّ[1].

الشَرح:

وما فى موثقه ثالثه لسماعه، قال: سألته عن المملوک يفترى على الحر، قال: «عليه خمسون جلده» (1)، فلا يمكن الاعتماد بشىء منها لمعارصتها لكلتا الطائفتين المتقدمين وعدم عامل بهما ومخالفتها للكتاب المجيد على ما تقدم.

[1] ولكن الاظهر أنه حدّ القذف على المملوک نصف ما على القاذف الحر.

والوجه فى ذلک ان مقتضى الاطلاق والعموم فى مثل قوله سبحانه: «الذين يرمون المحصنات»، أن قذف المحصنه من كل شخص مع عدم ثبوت ارتكابها الفاحشه يوجب الجلد بثمانين جلده وقد خرج عن الاطلاق أو العموم العبد، ومع تردد أمر القاذف بين كونه عبداً أم لا فالاصل عدم كونه عبداً، ولا يعارض باصاله عدم كونه حراً، فان خصوصيه الحريه غير مأخوذه فى الموضوع اضف الى ذلک أن الاصل فى كل انسان هو الحريه.

ودعوى أن الحدّ تدرء بالشبهه مطلقاً قد تقدم سابقاً عدم ثبوت هذا الاطلاق، والثابت فى الشبهه فى الارتكاب أو عدم ثبوت الموضوع بوجه معتبر، وعلى الجمله ما نحن فيه من موارد جريان حكم العام والمطلق على الفرد باحراز عدم دخوله فى عنوان المخصص والمقيد بالاصل.

[1] يعتبر فى المقذوف البلوغ والعقل لما مصححه فضيل بن يسار وفى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 20: 435.

....

الشَرح:

معتبره أبي مريم الانصارى، ففى الاول: لا حدّ لمن لا حدّ عليه، وفى الثاني: لو ان رجلاً قذف الغلام لم يجلد، وفى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام «عن الرجل يقذف الجاريه الصغيره قال لا يجلد إلاّ ان تكون ادركت أو قاربت» (1)، وفى صحيحه الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يقذف الصبيه يجلد قال لا حتّى تبلغ»(2) ولعل المراد من قاربت، وفى نسخه قارنت، بلوغها سناً وان ام تحصن.

واما ما فى مرسله يونس عن بعض اصحابه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كل بالغ من ذكر أم انثى افترى على صغير أو كبير أو ذكر أو انثى أو مسلم أو كافر أو حر أو مملوک فعليه حدّ الفريه وعلى غير البالغ حدّ الإدب»(3) فلابد من حمله على توجيه القذف الى الصغير كما إذا خاطب الصغير بقوله يابن الزانيه، جمعاً بينها وبين معتبره أبى مريم وصحيحه أبى بصير هذا مع كونها مرسله ولارسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

ويعتبر فى المقذوف الحريه فلو قذف عبداً أو أمه فلا يتعلق بالقاذف حدّ القذف بلا خلاف ظاهر عند اصحابنا، ويشهد له موثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من افترى على مملوک عزر لحرمه الإسلام»(4)، وفى صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الحر يفترى على المملوک قال: «يسئل فان

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد القذف، الحديث 3: 440.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد القذف، الحديث 4: 440.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد القذف، الحديث 5: 440.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 12: 434.

وفيه التعزير، كمن قذف صبياً أو كافراً أو متظاهراً بالزنا، سواء كان القاذف مسلماً أو كافراً أو حرّاً أو عبداً[1].

الشَرح:

كانت أمه حره جلد الحدّ»(1)، ومقتضى الجمع بينهما حمل الثانيه بما إذا كانت الفريه بمثل قوله يابن الزانيه، فيكون قذفاً لامه الحره.

ويؤيد ذلک روايه عبيد بن زراره قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «لو اتيت برجل قذف عبداً مسلماً بالزنا نعلم منه إلاّ خيراً لضربته الحد الحر إلاّ سوطاً»(2)، حيث ان الضرب كذلک ينطبق عليه عنوان التعزير.

ويعتبر فى المقذوف الاسلام ايضاً فلا يكون قذف الكافر موجباً لحد القذف بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلک مثل صحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنه نهى عن قذف من ليس على الاسلام إلاّ ان يطلع على ذلک منهم وقال أيسر ما يكون ان يكون قد كذب»(3)، فان ظاهرها أن الموجب لعدم جواز قذفهم لمحذور الكذب ومع الاطلاع والاحراز فلا حرمه، ونحوها صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّه نهى عن قذف من كان على غير الاسلام إلاّ أن تكون قد اطلعت على ذلک منه»(4).

[1] ثبوت التعزير فيما قذف صبياً أو مجنوناً أو مملوكاً ممّا لا ينبغى التأمّل فيه، وقد ورد التعزير فى قذف العبد، كما تقدم فى قذف الكافر مع عدم الاطلاع.

وأمّا قذف المتظاهر بالزنا واللواط فلا يوجب الحد، لتقييد الرمى فى الآيه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 11: 434.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 433.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 430.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد القذف، الحديث 6: 450.

عدم ثبوت الحد على الأب بقذف ابنه بل يثبت التعزير

ولو قال لمسلم: يابن الزانيه، أو امک زانيه، وكانت امه كافره أو امه، قال فى النهايه: عليه الحد تاماً لحرمه ولدها، والاشبه التعزير[1].

ولو قذف الأب ولده يحدّ ويعزّر[2]، وكذا لو قذف زوجته الميته ولا وارث الا ولده، نعم لو كان لها ولد من غيره كان الحدّ تامّاً، ويحدّ الولد لو قذف اباه والأم لو قذفت ولدها، وكذا الاقارب.

الشَرح:

المباركه بالاحصان المقصود منه فى المقام العفاف، وعدم التظاهر بالفاحشه فعلاً أو قولاً، بل الظاهر عدم التعزير فى قذف المتظاهر ايضاً، لعدم احترامه كما تقدم، وإن كان ظاهر كلام الماتن ثبوته فيه ايضاً، نعم لو كان القذف بنحو يدخل فى عنوان الكذب يحرم بعنوان الكذب لا بعنوان القذف.

[1] قد تقدم أنّه إذا قال لشخص يابن الزانيه فالقذف لامه، وإذا كانت امه مسلمه يكون لها حدّ القذف على القائل المزبور، وأمّا إذا كان الابن مسلماً وأمّه كافره وقال قائل للأبن: يابن الزانيه، فعن الشيخ قدس سره فى النهايه: إنّ القاذف حدّه.

ويستدل على ذلک بروايه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «النصرانيه واليهوديه تكون تحت مسلم فيقذف ابنها، يضرب القاذف لأنّ المسلم قد حصنها»(1)، وحملها على التعزير لا يناسب التعليل ،لانّ فى قذف الكافر تعزيراً ايضاً لكونه كذباً، والعمده الآخر معلى بن محمّد وقد ذكر أنّه ضعيف، وان لا يخلو التضفيف عن المناقشه.

وعلى الجمله، مقتضى ما دلّ على عدم الحدّ فى قذف غير المسلم عدم ثبوته فى المقام بل الثابت التعزير، واللّه العالم.

[2] كما عليه المشهور، لصحيحه محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام

1- (1) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد القذف، الحديث 6: 450.

حكم قذف شخصٍ جماعه

الرابع: فى الاحكام، وفيه مسائل:

الاولى: إذا قذف جماعه واحد[1] فلكلّ واحد حدّ، ولو قذفهم بلفظ واحد

الشَرح:

عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: «لو قتله ما قتل به وان قذفه لم يجلد له»، قلت: فان قذف ابوه أمّه؟ قال: «ان قذفها وانتفى من ولدها تلاعنا ولم يلزم ذلک الولد الذى انتفى منه وفرّق بينهما ولم تحلّ له ابداً، قال: وان كان قال لابنه وأمه حيّه يابن الزانيه ولم ينتف من ولدها جلد الحدّ لها ولم يفرق بينهما، قال: وان قال لابنه يابن الزانيه وأمّه ميته ولم يكن لها من يأخذ بحقها منه إلاّ ولدها منه فانه لا يقام عليه الحدّ لان حق الحدّ قد صار لولده منها فان كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له وان لم يكن لها ولد من غيره وكان لها قرابه يقومون بأخذ الحق جلد لهم» (1)، وأمّا تعلق الحدّ بالابن بقذفه اباه أو تعلق حدّ القذف بالام بقذفها ابنه وكذا فى قذف سائر الاقارب فيؤخذ فيه بالاطلاق فيما دل على تعلق الحدّ بالقاذف.

نعم لا يبعد ان يجرى على الجد للاب فان عدم جواز القتل يجرى فيه ايضاً دون الجد للام لانصراف الابن عنه كما لا يخفى.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه لو قذف جماعه بغير كلمه واحده، بأنّ يكون القذف بنحو التفريق، بأن قال: زيد زان وبكر زان، سواء كان القذف كذلک مع الفصل بين قذف شخص وقذف الآخر أو بلا فصل، يتعلق بالقاذف لكلّ مقذوف حدّ، سواء جاءوا بالقاذف للحاكم مجتمعين أو متفرقين، وأنّه إذا كان القذف بكلمه واحده، فان جاءوا به مجتمعين ضرب الجميع حدّاً واحداً، وإن أتوا به متفرقين ضرب حدّاً لكل واحد منهم، بلا فرق بين أن يسمى كلّ واحد منهم فى قذفه أم لا، بأن قال: هؤلاء كلّهم زناه، فالتسميه إذا كان القذف بكلام واحد لا أثر له، وينسب ذلک

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 447.

....

الشَرح:

إلى الشهره.

ويستدلّ عليه بصحيحه جميل بن دراج عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن رجل افترى على قوم جماعه، قال: «إن أتوا به مجتمعين ضرب حدّاً واحداً وإن أتوا به متفرقين ضرب لكل منهم حدّاً»(1)، بناءاً على ظهور قوله جماعه، كون قذف كل منهم بكلام واحد.

وأوضح منه موثقه الحسن العطار أو صحيحته، قال: قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل قذف قوماً، قال: بكلمه واحده»، قلت: نعم، قال: «يضرب حداً واحداً فان فرّق بينهم فى القذف ضرب لكل واحد منهم حدّاً»(2).

نعم، يرفع اليد عن إطلاق صدرها بتقييده بما إذا جاءوا به مجتمعين، بقرينه ما ورد فى صحيحه جميل بن دراج المتقدمه.

وموثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل افترى على نفر جميعاً فجلده حدّاً واحداً»(3)، فهذا ايضاً تحمل على صوره المجىء بالقاذف والمطالبه دفعه واحده.

وممّا ذكر يظهر أنّه إذا كان القذف بكلمه واحده وجاءوا به مجتمعين فلا يفرق بين أنّ يسمى كلّ واحد منهم أو ذكر الكلّ بعنوان واحد، حيث يكون مع التفريق فى المطالبه والمجىء به لكل واحد منهم حدّ القذف عليه، سمّاه بالاسم أو لم يسمّه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 444.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 444.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد القذف، الحديث 4: 444.

وجاءوا به مجتمعين فلكلّ حدّ واحد، ولو افترقوا فى المطالبه فلكلّ واحد حدّ، وهل الحكم فى التعزير كذلک، قال جماعه: نعم ولا معنى للاختلاف هنا[1]، وكذا لو قال: يابن الزانيين، فان الحدّ لهما، ويحدّ حدّاً واحداً مع الاجتماع على المطالبه وحدّين مع التعاقب.

الشَرح:

نعم، يستظهر الفرق من روايه بريد عن أبى جعفر عليه السلام ، فى الرجل يقذف القوم جميعاً بكلمه واحده، قال: (إذا لم يسمهم فانما عليه حدّ واحد وإن سمى فعليه لكل رجل حدّ»(1)، ولكن فى سندها ضعيف بأبى الحسن الشامى، ولا مجال لدعوى انجبار ضعفها بالشهره.

وقد ذكرنا أنّ ظاهر كلام الماتن عدم الفرق بين التسميه وعدمها، يدلّ على ما استظهرنا من كلامه فى آخر كلامه، وكذا لو قال يابن الزانيين يحدّ حدّاً واحداً مع اجتماع الابوين على المطالبه وحدّين مع التعاقب، ووجه الدلاله أنّه لا أثر لتسميه الابوين وعدمها مع كونه بكلمه واحده.

[1] إذا سبّ واحد جماعه، قال بعضهم: أنّه كالقذف فى أنّه لو كان بكلام واحد، وأتوا به مجتمعين فعليه تعزير واحد، بخلاف ما أتوا به متفرقين، فانّ لكلّ منهم تعزيراً، وإذا كان السبّ مترتباً مع الفصل أوبدونه فعليه تعزير بكل سب، حيث لا يحتمل أن يكون أمر التعزير أشدّ من أمر الحدّ.

وذكر الماتن قدس سره أنّه لا معنى للاختلاف فى التعزير وأنّه يتعين تعزير واحد أو لكل منهم تعزير عليه، لأنّ التعزير منوط بنظر الحاكم، ولكن لا يخفى أنّ كون التعزير منوطاً بنظر الحاكم لا ينافى لزوم رعايه الشرط الآخر، وهو لزوم كون التعزير ما دون الحدّ، ورعايه هذا الشرط يستلزم أن لا يتكرر التعزير فيما

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد القذف، الحديث 5: 444.

كون حد القذف موروثاً

الثانيه: حدّ القذف موروث [1]يرثه من يرث المال من الذكور والاناث، عدا الزوج والزوجه.

الشَرح:

لا يتكررالحدّ، لأنّه لو تكرر يزيد على الحدّ، فرعايته يقتضى تعلق تعزير واحد على سب الجميع.

[1] بلا خلاف معروف أو منقول، ويدل عليه ما فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه، من قوله عليه السلام : «وان قال لابنه يابن الزانيه وأمّه ولم يكن لها من يأخذ بحقها منه إلاّ ولدها منه فانّه لا يقام عليه الحدّ لأنّ حق الحدّ قد صار لولده منها فان كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له وان لم يكن ولد وكان لها قرابه يقومون بأخذ الحدّ جلد لهم»(1).

وبعبير آخر، إذا قذف شخص الآخر بعد موته كما إذا قال رجل الآخر: يابن الزانى أو يابن الزانيه، وكان أبوه وأمّه ميتين عند القذف، لم يكن على القائل إلاّ التعزير، وأمّا إذا كانا حييّن عند القذف يرث حدّ القذف من يرث المال من الذكور والاناث من ذوى القرابه لا الاسباب كالزوج والزوجه، ولكن ليس ارث الحد كارث المال فى التوزيع للورثه بل هو ولايه كلّ منهم على المطالبه به وان عفا الآخرون.

ويدلّ على ذلک موثقه عمّار الساباطى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: «إنّ الحدّ لا يورث كما تورث الديه والمال والعقار، ولكن من قام به من الورثه فطلبه فهو وليه ومن لم يطلبه فلا حقّ له، وذلک مثل رجل قذف رجلاً وللمقذوف أخ فان عفا عنه احدهما كان للآخر ان يطلبه بحقه لأنّها أمهما جميعاً

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 447.

ثبوت حق حد القذف للمقذوف لا للمواجه

عفو المقذوف عن القاذف

الثالثه: لو قال: ابنک زان أو لائط، أو بنتک زانيه، فالحد لهما لا للواجه[1]، فان سبقا بالاستيفاء أو العفو فلا بحث، وان سبق الأب قال فى النهايه: له المطالبه والعفو، وفيه اشكال، لأنّ المستحق موجود وله ولايه المطالبه، فلا يتسلّط الأب كما فى غيره من الحقوق.

الشَرح:

والعفو اليهما جميعاً(1).

وظاهر الارث القذف حال حياه امهما، فالمراد من قوله: «وللمقذوف أخ»، أى من توجه اليه خطاب القاذف له اخ، حيث أن المقذوف حقيقه امهما، وما فى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «الحدّ لا يورث»(2)، محمول على أنّه لا تورث كارث المال أو محمول على الحدود التى من حقوق اللّه سبحانه، لا مثل حدّ القذف من حقوق الناس.

وفى موثقه عمّار الساباطى ، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل قال لرجل يابن الفاعله يعنى الزنا، فقال: «ان كانت أمّه حيّه شاهده ثم جاءت تطلب حقها ضرب ثمانين جلده، وان كانت غائبه انتظر بها حتّى تقدم ثم تطلب حقها، وان كانت قد ماتت ولم يعلم منها إلاّ خير ضرب المفترى عليها الحدّ ثمانين جلده»(3).

حيث إنّ الحدّ على القاذف الوارد فى ذيلها يحمل على صوره مطالبه اولياء الإرث بقرينه ما تقدم، وتخصيص اولياء الإرث بالقرابه وعدم إرث مثل الزوج والزوجه للتقييد الوارد فى صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه.

[1] حيث إنّ القذف من حقوق الناس يثبت للمقذوف لا للمواجه كما تقدم،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 334.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 334.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 440.

الرابعه: إذا ورث الحدّ جماعه لم يسقط بعضه بعفو البعض، فللباقين المطالبه بالحدّ تامّاً ولو بقى واحد، وامّا لو عفى الجماعه أو كان المستحق واحداً فعفى سقط الحق، ولمستحق الحدّ ان يعفو قبل ثبوت حقّه وبعده، وليس للحاكم الاعتراض عليه، ولا يقام الاّ بعد مطالبه المستحق[1].

الشَرح:

والمقذوف فى الفرعين هو الابن أو البنت لا الأب وان يلحق العار به بقذفهما، ولو كان لحوق العار بشخص موجباً لثبوت حق القذف له لثبت لغير الأب ايضاً لو كان الغير مواجهاً لقذف القاذف، كما إذا قال: يا أخت الزانى أو يا عم الزانيه، ونحو ذلک، وعلى ما ذكرنا فان سبق الأبن بالاستيفاء أو العفو فى الفرعين فهو، وأمّا لو سبق الأب بأحدهما فلا اثر لسبقه.

ولكن المحكى عن الشيخين فى المقنعه والنهايه أنّ له ذلک، ولم يعلم وجه لما ذكراه، لعدم ثبوت حق القذف له على القاذف، ولم يثبت له ولايه على الأبن وابنت بالاضافه الى حقّ القذف الثابت لهما.

نعم ربما قيل بأنّ الأبن الصغير أو البنت الصغيره إذا ورثا حقّ القذف يكون للاب الولايه عليهما فى حق القذف الثابت لهما بالارث، فيكون للأب العفو على تقدير عدم المفسده، ولا يبعد الالتزام بذلک، وهذا غير الفرعين.

ويمكن الاستدلال عليه بما ورد فى صحيحه الفضيل من جواز اقامه الحاكم الحد الذى من حقوق الناس حتّى يطالبه صاحب الحق أو وليه، فانّ الأب ولى الأبن والبنت الصغيرين.

[1] وقد تقدّم أنّ ذلک ظاهر موثقه عمار الساباطى، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: «أنّ الحدّ لا يورث كما تورث الديه والمال والعقار، ولكن من قام به من الورثه فطلبه فهو وليه ومن يطلبه فلا حق له».

....

الشَرح:

اضف الى ذلک ما ورد فى صحيحه ضريس الكناسى، من جواز العفو فى الحدّ الذى من حقوق الناس عن ولى الحق، قال فيها أبو جعفر عليه السلام : «لا يعفى عن الحدود التى للّه دون الإمام، فامّا ما كان من حقوق الناس فى حدّ فلا بأس بأن يعفا عنه دون الإمام»(1).

فانّ ملاحظه الروايتين بانضمام مدلول احداهما إلى الآخرى يقتضى الالتزام بجواز استيفاء حدّ القذف من بعض المستحق ولو مع عفو الباقين، وأنّه إذا عفى الجميع أو كان المستحق واحداً نفذ العفو، وليس للحاكم الاعتراض على عفوه أو عفوهم.

وقد تقدّم أنّ مقتضى ما ورد فى صحيحه الفضيل (2) أنّه لا يجوز للحاكم إقامه الحد الذى من حقوق الناس حتّى يطالبه صاحب الحق أو وليه، وعلى الجمله مقتضى كون القذف من حقوق الناس أنّ له تركه وعدم المطالبه، سواء كان ذلک قبل ثبوت موجبه أو بعده.

ولكن المحكى عن الصدوق قدس سره إستثناء قذف الزوج زوجته فانّه لا يكون لها العفو، وعن الشيخ فى كتابى الأخبار ويحيى بن سعيد عدم نفوذ العفو بعد ثبوته والمرافعه.

ويستدلّ على ذلک بصحيحه محمّد بن مسلم، قال: سألته عن الرجل يقذف إمرأته، قال: «يجلد»، قلت: أرأيت ان عفت عنه، قال: «لا ولا كرامه»(3).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 330
2- (2) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 343
3- (3) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد القذف، الحديث 4: 455

....

الشَرح:

ورواها الصدوق باسناده عن العلاء بن رزين، وكأنّه استظهر منها عدم نفوذ الزوجه عن قذف زوجها، بلا فرق قبل ثبوت القذف أو بعده، ولكن الشيخ قدس سره حملها على العفو بعد الثبوت أو رفع الزوج للمرافعه الى الحاكم .

والقرينه على هذا الحمل لعلّها موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من أخذ سارقاً فعفا عنه فذلک له، فإذا رفع الى الإمام قطعه، فان قال الذى سرق له أنا أهبه له لم يدعه الى الإمام حتّى يقطعه إذا رفعه اليه وانما الهبه قبل أن يرفع الى الإمام، وذلک قول اللّه عزّ وجلّ «وَالحافِظُونَ لِحُدُود اللّه ِ»(1) فإذا انتهى الحدّ الى الإمام لأحد أنّ يتركه»(2).

وفى الصحيح عن حمزه بن حمران، عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ قذفها بالزنا، قال: «ارى عليه خمسين جلده ويستغفر اللّه عزّ وجلّ»، قلت: أرأيت ان جعلته فى حلّ وعفت عنه؟ قال: «لا، ضرب عليه إذا عفت عنه من قبل ان ترفعه»(3)، ومقتضى الشرطيّه أنّ القاذف يضرب إذا كان عفوها بعد ان ترفعه الى الحاكم.

ولا يخفى أنّ مقتضى هاتين عدم نفوذ عفو من له الحدّ بعد رفعه الى الإمام، بلا فرق بين كون القاذف زوجاً والمقذوف زوجته أو شخص آخر، وصحيحه مسلم وارده فى قذف الزوج زوجته فتكون أخصّ بالاضافه الى الروايتين، ومقتضى اطلاقها عدم نفوذ عفو الزوجه قبل الرفع الى الإمام أو بعده، فاللالتزام

1- (1) التوبه: 112.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 330
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد القذف، الحديث 3: 434

الخامسه: إذا تكرّر الحدّ بتكرّر القذف مرّتين قتل فى الثالثه[1]، وقيل فى الرابعه، وهو اولى، ولو قذف فحدّ وقال: الذى قلت كان صحيحاً، وجب بالثانى التعزير، لأنّه ليس بصريح[2]، والقذف المتكرر يوجب حدّاً واحداً لا اكثر.

الشَرح:

الالتزام بما ذهب اليه الصدوق قدس سره ، لو لم نقل بعدم ظهور الصحيحه فى الارشاد الى عدم نفوذ عفو الزوجه، بل ظهورها فى مجرد نفى الكرامه عن العفو فيكون العفو أمراً مرجوحاً، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] لما تقدّم من أنّ أصحاب الكبائر إذا اقيم عليهم الحدّ مرتين قتلوا فى الثالثه، والقول بأنّه يقتل فى الرابعه لما تقدّم من دعوى العلم بأنّ القذف لا يزيد فى الحرمه على الزنا وانّ الزانى يقتل فى المره الرابعه، وقد أجبنا عن ذلک فيما سبق وذكرنا احتمال الخصوصيه فى الزنا كما لا يخفى.

[2] بل لأنّه ليس قذفاً جديداً، والعمده فى عدم الحدّ صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام ، فى الرجل يقذف الرجل فيجلد فيعود عليه بالقذف فقال: «إنّ الذى قلت: لک حقّ لم يجلد وان قذفه بالزنا بعد ما جلد فعليه الحدّ، وان قذفه قبل ما يجلد بعشر قذفات لم يكن عليه إلاّ حدّ واحد»(1)، فانّ ظاهرها عدم تكرار الحدّ عليه إذا أظهر أنّ القذف السابق لم يكن باطلاً وكذباً ولو كان هذا بعد جلده.

نعم، إذا قذفه بمثل قوله يا زان بعد اقامه الحد عليه يعاد الحدّ، بخلاف ما إذا كان التكرار قبل إجراء الحد عليه، فانّ القذف المتكرر بالاضافه الى شخص قبل جلده بقذفه لا يوجب تعدّد الحدّ، سواء كان القذف المتكرر من نوع واحد أم لا وأمّا إذا كان تكرر القذف قبل اجراء الحدّ بالاضافه الى أشخاص فقد تقدّم حكمه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 443.

السادسه: لا يسقط الحدّ عن القاذف إلاّ بالبينه المصدقه أو تصديق مستحق الحدّ أو العفو، ولو قذف زوجته سقط الحدّ بذلک وباللعان[1].

السابعه: الحدّ ثمانون جلده حرّاً كان أو عبداً، ويجلد بثيابه ولا يجرّد، ويقتصر على الضرب المتوسط [1]

الشَرح:

فى قذف شخص جماعه.

[1] سقوط الحدّ عن القاذف مع ثبوت الزنا أو اللواط بالبينه المعتبره فيهما يخرج القذف عن عنوان الافتراء، وتعلق حدّ الرمى بالرامى متعلّق فى الكتاب المجيد بعدم إقامه الشهود وسقوطه باعتراف المقذوف بالزنا ولو مره واحده لخروجه عن العفه، وان لم يثبت بالاعتراف مرّه الزنا أو اللواط وقد تقدّم سقوطه بالعفو.

وإذا كان القاذف زوجاً فيسقط الحدّ عنه بما ذكر وباللعان على ما يذكر فى بابه، ولا يبعد ثبوت التعزير فى مورد عفو المقذوف، لعدم خروج القذف المزبور بالعفو عن الافتراء المحرم، ويؤيدّه ما ورد فى سقوط الحدّ بالتقاذف مع تعلّق التعزير بهما.

[1] ويدل عليه الروايات المتطافره، كصحيحه عبداللّه بن سنان، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ الفريه ثلاث يعنى ثلاث وجوه الى أن قال: فيه حدّ ثمانون»(1).

وموثقه عباد بن صهيب، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: «كان على عليه السلام يقول: إذا قال الرجل للرجل يا معفوج يا منكوح فى دبره فعليه حدّ القاذف»(2).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 432.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 433.

كيفيه الضرب فى حد القذف

سقوط الحد بالتقاذف وثبوت التعزير

ولا يبلغ به الضرب فى الزنا، ويشهّر القاذف لتجتنب شهادته[1]، ويثبت القذف بشهاده عدلين والاقرار مرتين، ويشترط فى المقرّ التكليف والحريه والاختيار.

الثامنه: إذا تقاذف اثنان سقط الحدّ وعزّرا[2].

الشَرح:

وفى موثقه سماعه بن مهران، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يفترى كيف ينبغى للإمام أن يضربه، قال: «جلد بين الجلدين»(1).

وفى موثقه اسحاق بن عمار، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «يجلد الزانى أشدّ الحدّين»، قلت: فوق ثيابه؟ قال: «لا ولكن يخلع ثيابه»، قلت: فالمفترى؟ قال: ضرب بين الضربين فوق الثياب يضرب جسده كله»(2).

ومعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : «أمر رسول اللّه صلى الله عليه و آله أن لا ينزع شىء من ثياب القاذف إلاّ الرداء»(3)، الى غير ذلک.

وأمّا ما ورد فى صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى المملوک يدعو الرجل لغير ابيه، قال: أرى أن يعرى جلده»، فيحمل على الكنايه عن جلده، خصوصاً بملاحظه أنّ المورد من موارد التعزيريكون منوطاً بنظر الحاكم.

[1] قد ورد التشهير فى شاهد الزور، والمراد به هناک أن يطاف به حتّى يعرف، وتسريته الى القاذف لا يخلو عن تأمّل بل منع.

[2] ويقال بعدم الخلاف فى ذلک، ويدلّ عليه صحيحه عبداللّه بن سنان،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 448.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد القذف، الحديث 6: 448.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد القذف، الحديث 4: 448.

التاسعه: قيل: لا يعزّر الكفار مع التنابز بالالقاب والتعبير بالامراض[1]، إلاّ ان يخشى حدوث فتنه فيحسمها الامام يراه.

ويلحق بذلک مسائل اخر:

الاولى: من سب النبى صلى الله عليه و آله جاز لسماعه قتله[1]، ما لم يخف الضرر على نفسه أو ماله أو غيره من أهل الايمان، وكذا من سبّ احد الائمه عليهم السلام [2].

الشَرح:

قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجلين افترى كل واحد منهما على صاحبه، قال: «يدرأ عنهما الحدّ ويعزران»(1).

وصحيحه أبى ولاّد قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين قذف كلّ واحد منهما صاحبه بالزنا فى بدنه، قال: فدرأ عنهما الحدّ وعزرهما»(2).

ولا يبعد أن يكون التعزير لحرمه فعل كلّ منهما فيثبت فى موارد حرمه الافتراء، وان لم يثبت حدّ القذف لفقد شرطه.

[1] والظاهر جواز تعرض المسلم للكافر بالالقاب المشعره بالذمّ والامراض، فيما إذا لم يتضمن الكذب على ما مر فى قذف الكافر لعدم احترامع، وإذا كان التعرض له جايزاً من المسلم فلا موجب للتعزير فيما إذا تنابز الكفار بالالقاب المزبوره، نعم إذا كان تنابزهم أو حتّى التعرض لهم من المسلم موجباً لخوف الفتنه التى يصيب المسلمين ايضاً، يتعين على ولى المسلمين بل على المسلين الممانعه عنه.

[2] بلا خلاف بين الاصحاب، بل ينفى الخلاف عن وجوب قتله، ولا يبعد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 451.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 451.

....

الشَرح:

مع التمكن وعدم الخوف على نفسه، ففى صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عمّن شتم رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فقال: عليه السلام : «يقتله الأدنى فالأدنى قبل أن يرفع الى الإمام»(1).

وفى صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إنّ رجلاً من هذيل كان يسب رسول اللّه صلى الله عليه و آله فبلغ ذلک النبى صلى الله عليه و آله ، فقال: من لهذا ،فقام رجلان من الانصار فقالا: نحن يا رسول اللّه صلى الله عليه و آله ، فانطلقا حتّى أتيا عربه فسألا عنه فإذا هو يتلقى غنمه، فقال: من أنتما وما إسمكما فقالا له: أنت فلان بن فلان، قال: نعم، فنزلا فضربا عنقه، قال محمّد بن مسلم: فقلت لأبى جعفر عليه السلام : أرأيت لو أنّ رجلاً الآن سب النبى صلى الله عليه و آله أيقتل، قال: ان لم تخف على نفسک فاقتله»(2).

وصدرها هذه، وان لا يستفاد منه قتل ساب النبى بلا مراجعه الحاكم، إلاّ أنّ ذيلها ظاهر فى أنّ من سمع السب فعليه قتل الساب مع عدم الخوف على نفسه.

وعلى الجمله القتل وان كان حدّاً، وقد تقدم أنّ اجراء الحدّ يجب على الحاكم ولا يجوز لغيره اقامته من غير مراجعته، إلاّ أنّه يستثنى من ذلک موارد، منها ساب النبى صلى الله عليه و آله ، فانّه يجوز قتله لكلّ سامع، بل يجب عليه مع خوف الضرر على نفسه أو اهله أو ماله الذى يقع مع ذهابه فى الحرج والضيق، فانّ الوجوب على السامعين مقتضى الروايتين.

وعوى عدم دلالتها إلاّ على الجواز، حيث إنّ اجراء الحدود من وظيفه الإمام أو المنصوب من قبله ولا يجوز للسائرين القيام بذلک فيكون أمرهم باجرائه فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب المرتد، الحديث 1: 554.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد القذف، الحديث 3: 459.

....

الشَرح:

مورد ظاهراً فى الجواز، كما هو مقتضى ورود الأمر فى مقام توهم الحظر، لا يمكن المساعده عليها، فانّ ظاهر قوله عليه السلام «يقتله الأدنى فالأدنى»، هو الوجوب.

ويؤيّده ما فى خبر على بن جعفر، قال: أخبرنى أخى موسى بن جعفر عليه السلام قال: «كنت واقفاً على رأس أبى حين أتاه رسول زياد بن عبيداللّه الحارثى عامل المدينه الى ان قال: فقال: أبو عبداللّه عليه السلام : أخبرنى أبى أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: الناس فى اسوه سواء، من سمع احداً يذكرنى فالواجب عليه أن يقتل من شتمنى ولا يرفع الى السلطان، والوجب على السلطان إذا رفع اليه ان يقتل من نال منى»(1)، وللمناقشه فى سندها ذكرناها مأيدّه.

ثم إنّ الواجب فيما إذا لم يخف الضرر على نفسه أو ماله أو غيره من اهل الايمان، ومع الخوف لا يجب، كما هو مقتضى حديث نفى الضرر، وما ورد فى ذيل صحيحه محمّدٍ بن مسلم، وما يأتى فى صحيحه هشام بن سالم الوارده فيمن سب علياً عليه السلام ، فانّ الصحيحتين وإن لا تعمّان الضرر المالى إلاّ انّ قاعده نفى الضرر تعمّه.

[2] لا خلاف بين اصحابنا فى انّه يجرى على ساب أحد الائمه عليهم السلام فى جواز قتله أو وجوبه على ما تقدم، وفى صحيحه هشام بن سالم، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ما تقول فى رجل سبابه لعلى عليه السلام ، قال: فقال لى: «حلال الدم واللّه لو لا ان تعم به بريئاً»، قال: قلت: فما تقول فى رجل موذلنا؟ قال: «فى ماذا»، قلت: فيک يذكرک، قال: فقال لى: «له فى على نصيب»، قلت: أنّه ليقول ذاک ويظهره،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد القذف، الحديث 2: 459.

....

الشَرح:

قال: «لا تعرّض له»(1)، وما فى ذيلها من النهى عن التعرّض له تحفظاً منه على الشيعه، فلا يدلّ على حرمه دمه.

ومثل سابهم عليهم السلام ساب اُمّ الائمه بنت النبى فاطمه الزاهراء البتول عليهاالسلام ، فانّ من الضروره عند الشيعه عصمتها وطهارتها، فهى سلام اللّه عليها من أهل بيت العصمه والطاهره.

ثم إنّ الوارد فى الروايات عنوان السب، فهو ينطبق على الهجاء والتعرّض لهم بالهتک والاهانه، بل لو نوقش فى صدقه على ما ذكر فلا ينبغى التأمّل فى جريان حكمه فيها، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى الصحيحه المتقدمه: «موذلنا، فيک يذكرک»، وقد روى قتل جماعه بعد فتح مكه بامر النبى صلى الله عليه و آله كانوا يؤذونه، ومنهم بنتان كانتا تغنيان بهجائه.

وما ورد فى خبر على بن جعفر المتقدمه عن أخيه، عن أبيه، عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من سمع احداً يذكرنى فالواجب أن يقتل من شتمنى ولا يرفع الى السلطان، والواجب على السلطان إذا اليه أن يقتل من نال منى».

وربّما يستدل على وجوب قتل ساب الائمه عليهم السلام ، بما ورد فى قتل الناصب وعدم حرمه نفسه وماله، ولكن لا يخفى أنّ النصب واظهار العداوه موجب للكفر وعدم حرمه نفسه واموالله لكفره، والكلام فى المقام فى مطلق السب والشتم ونحوهما من الهجاء، ولو كان الداعى له غير النصب والعداوه محكوماً بالإسلام فهو ارتداد فطرياً كان أو ملياً وسيأتى حكمهما، واما إذا كان النصب من الكافر فلا يوجب اظهار كفره.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 461.

الثانيه: من ادّعى النبوه وجب قتله[1]،

الشَرح:

وعلى الجمله، القتل فى السب حدّ لا أنّه نفسه موجب للكفر ولا يتوقف إقامه هذا الحدّ على الثبوت عند الحاكم أو الاستيذان منه على ما مر.

نعم، إذا كان منشأ السبّ إظهار العداوه يكون محكوماً بالكفر باظهار العداوه، أو الانكار على النبى صلوات اللّه وسلامه عليه وآله.

وفى صحيحه داود بن فرقد، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ما تقول فى قتل الناصب، فقال: «حلال الدم ولكنى اتقى عليک فان قدرت ان تقلب عله حائطاً أو تغرقه فى ماء لكيلا يشهد به عليک فافعل»، قلت: فماترى فى ماله، قال: «توّه ما قدرت عليه»(1).

وفى صحيحه حفص بن البخترى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «خذ مال الناصب حيثما وجدته وارفع الينا الخمس»(2)، وظاهرهما أنّ الناصب محكوم بالكفر، وقد تكلمنا فى ذلک فى بحث النجاسات، وذكرنا أنّ الناصب كالكلب محكوم بالنجاسه على ما هو ظاهر بعض الروايات المعتبره، فلا حظ.

[1] بلا خلاف ظاهر بين الأصحاب، ويدلّ عليه موثقه ابن يعفور، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام إنّ بزيقاً يزعم أنّه نبى، قال: «إنّ سمعته يقول ذلک فاقتله»، فجلست إلى جنبه غير مره فلم يمكنى ذلک(3).

وفى موثقه أبى بصير يحيى بن القاسم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال النبى صلى الله عليه و آله : «ايها الناس انّه لا نبى بعدى ولا بعد سنتى، فمن ادعى ذلک فدعواه وبدعته فى النار فاقتلوه ومن تبعه فانّه فى النار، أيّها الناس أحيوا القصاص وأحيوا الحق لصاحب

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب حد القذف، الحديث 5: 461.

2- (2) الوسائل: 6، الباب 2 من أبواب الخمس.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد المرتد، الحديث 2: 555.

حكم الشاک فی اللّه ورسوله

حد الساحر مسلماً وكافراً

وكذا من قال: لا ادری محمّد بن عبداللّه صلی الله علیه و آله صادق أو لا فكان علی ظاهر الاسلام[1].

الثالثه: من عمل بالسحر يقتل إن كان مسلماً[2]، ويؤدّب إن كان كافراً.

الشَرح:

الحق ولا تفرقوا الحديث»(1).

وظاهر الاولی أنّ قوله علیه السلام : «إن سمعته يقول ذلک فاقتله» بيان للحكم الشرعی لا انشاء الحكم الولائی، كما هو ظاهر النانيه ذلک، وإنّ خطابه لعامه المسلمين، ولا يتوقف ثبوته عند الحاكم أو الاستيذان منه.

[1] إذا كان إظهار الشک ممّن كان محكوماً بالإسلام فهو ارتداد فطرياً كان أو ملياً، وسيأتی حكمهما، وأمّا إذا كان من الكافر فلا يوجب اظهاره إلاّ إظهار كفره.

وفی صحيحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «من شک فی اللّه وفی رسوله فهو كافر»(2).

ولكن الكفر فی مثلها فی مقابل الايمان لا الإسلام، وإذا أظهر شكّه يحكم بكونه كافراً فی مقابل الإسلام، وقد ذكرنا ذلک فی الفرق بين الإسلام والإيمان.

وفی روايه الحارث بن المغيره، قلت لأبی عبداللّه علیه السلام : لو أنّ رجلاً أتی النبی صلی الله علیه و آله فقال: واللّه ما أدری أنبی أنت أم لا كان يقبل منه، قال: «لا، ولكن كان يقتله أنّه لو قبل ذلک ما أسلم منافق ابداً»(3).

[2] قد نفی الخلاف فی قتل الساحر المسلم، وفی تأديب الساحر الكافر وتعزيره، والظاهر أنّ المستند فيی ذلک معتبره السكونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد المرتد، الحديث 3: 555.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد المرتد، الحديث 22: 561.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد المرتد، الحديث 4: 551.

موارد جواز تعلم السحر

....

الشَرح:

قال: «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : ساحر المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل، فقيل: يا رسول اللّه ولم لا يقتل ساحر الكفار؟ قال: لأنّ الكفر أعظم من السحر ولأنّ السحر والشرک مقرونان»(1)، ولا يبعد ظهورها فى قتل الشخص بكلّ من السحر والشرک.

ثم إنّ ظاهر الساحر من يعمل بالسحر ويضرّ الناس بعمله، ومقتضى موثقه اسحاق بن عمّار أنّ متعلّمه ايضاً يقتل، حيث روى عن جعفر، عن أبيه: «إنّ علياً عليه السلام كان يقول: من تعلّم شيئاً من السحر كان آخر عهده بربّه، وحدّه القتل إلاّ ان يتوب(2).

وهذه ايضاً محموله على متعلّمه لغايه السحر الذى يضر الناس، ودعوى حمله على المتعلم العامل به لظهور التوبه فى ترک العمل بما تعلم خوفاً من اللّه سبحانه قابله للمناقشه، فانّ التعلم إذا كان حراماً فالتوبه ترک تعلّمه.

وعلى الجمله فالمنهى عنه التعلم الدارج فى ذلک الزمان من كون الغايه العمل بما يضرّ الناس ولا ينفهم.

ويمكن الاستدلال بذلک بما رواه الكلينى قدس سره عن على بن ابراهيم، عن أبيه، عن شيخ من الكوفيين من أصحابنا قال: دخل عيسى بن شقفى على أبى عبداللّه عليه السلام وكان ساحراً يأتيه الناس ويأخذ على ذلک الاجر، فقال له: جعلت فداک انا رجل كانت صناعتى السحر وكنت آخذ عليه الاجر وكان معاشى وقد حججت ومنّ اللّه علىّ ببقائک وقد تبت إلى اللّه عزّ وجلّ فهل لى فى شىء منه مخرج قال: فقال أبو عبداللّه عليه السلام : حل ولا تعقد»(3).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 1: 576.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 2: 577.

3- (3) التهذيب: 6: 364.

الرابعه: يكره ان يزداد فى تأديب الصبى على عشره اسواط[1]،

الشَرح:

وعلى ذلک فلا بأس بتعلّمه لابطال دعوى النبوه، ونحوها ممّا قالوا بالجواز معه بل بالوجوب كفائياً، ولا أظنّ أن يلتزم بأنّ السحر الذى يبطل به دعوى النبوه أو ما دونها محرّم، خصوصاً بعد ما ورد فيما روى الكلينى من الأمر بالحلّ والنهى عن العقد.

قال الصدوق قدس سره وروى أنّ الساحر أن يحلّ ولا يعقد.

ثم إنّ ظاهر موثقه اسحاق بن عمّار، أنّ توبه المتعلم مسقطه للحدّ، ولا بأس بالالتزام به فى المتعلم، بل فى نفس الساحر، بقرينه روايه الكلينى قدس سره التى يستفاد منها جواز إبطال السحر بالسحر.

وأمّا تأديب الكافر فلا ينبغى فيه، لأنّ السحر الذى ذكرنا عمل فيه فساد واضرار الناس، فيكون كسائر الاعمال الفاسده المفسده التى للحاكم الممانعه عنها بالتعزير، بل بقتله إذا توقف ممانعه الكافر عن ذلک على قتله وان كان ذمياً.

وفى معتبره زيد بن على، عن أبيه، عن آبائه، قال: سئل رسول اللّه صلى الله عليه و آله عن الساحر، قال: «إذا جاء رجلان عدلان فشهدا بذلک فقد حلّ دمه»، ويرفع اليد عن إطلاقه فى الكافر الذى يمكن المنع عن سحره بتعزيره، بقرينه معتبره السكونى.

ويستفاد ايضاً من المعتبره ثبوت كون الشخص ساحراً بشهاده عدلين، وأمّا ثبوته باقراره ولو بمرّه واحده، فقد تقدّم أنّه الاظهر، إلاّ مع ثبوت الدليل فى مورد على اعتبار الاقرار بأزيد من مرّه.

[1] ليس عندي بالاضافه إلى ما ذكره فى تأديب الصبى وجه، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام ألقى صبيان الكتاب ألوحهم بين يديه ليخيّر بينهم، فقال: أمّا إنها حكومه والجور فيها كالجور فى الحكم، ابلغوا

ص :235

....

الشَرح:

معلّمكم إنّ ضربكم فوق ثلاث ضربات فى الأدب أقتصّ منه»(1).

وفى روايه حماد بن عثمان قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام فى أدب الصبى والمملوک، فقال: «خمسه أو سته، وارفق»(2).

والمتفاهم العرفى منها أنّه لا يجوز ضرب الصبى إلاّ بالأقل ممّا يرجى به أدبه، والزائد عليه جنايه، كان الضارب وليه أو من أوكل إليه وليّه أدبه كالمعلّم.

وأمّا المملوک فالحال فيه فى أدب السيّد لئلا يعصيه فيما يجب عليه طاعته كالسعى فى حوائجه فايضاً كذلک، فعلى مولاه أن يقتصر على الأقل ممّا يرجى فيه أدبه.

وفى حسنه زراره بن أعين، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ماترى فى ضرب المملوک؟ فقال: «ما أتى فيه على يديه فلا شيء عليه وأمّا ما عصاک فيه فلا بأس، قلت: كم اضربه؟ قال: «ثلاثه أو اربعه أو خمسه»(3).

وفى صحيحه حزير بن عبداللّه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا بأس أن يؤدّب المحرم عبده ما بينه وبين عشره اسواط»(4).

والظاهر أنّ ذكر المحرم لدفع إحتمال أنّ المحرم لا يجوز له ضرب عبده تأديباً حال احرامه لا لخصوصيه اختصاص الحكم بالمحرم، فيكون الزائد على ذلک مع رجاء الأدب بذلک غير جائز، ولعلّل الماتن قدس سره أخذ هذه الصحيحه سنداً

1- (1) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 3: 581.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 1: 581.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 8 من أبواب بقيه الحدود، الحديث1،2،3: 581.
4- (4) الوسائل: 9، الباب 95 من أبواب تروک الاحرام،.

وكذا المملوک، وقيل: ان ضرب عبده فی غير حدّ حدّاً لزمه اعتاقه[1]، وهو علی الاستحباب.

الخامسه: كلّ ما فيه التعزير من حقوق اللّه سبحانه يثبت بشاهدين أو الاقرار مرتين[2] علی قول، ومن قذف امته أو عبده عزّر[3] كالاجنبی.

الشَرح:

فيما ذكره مع حمله النهی عن الزائد علی الكراهه، ولكن الكراهه مع رجاء الأدب بالأقلّ خلاف ظاهرها، بل ظاهرها عدم الجواز.

[1] القائل الشيخ قدس سره فی النهايه، ويستدلّ علی ذلک بصحيحه أبی بصير، عن أبی جعفر عليه السلام ، قال: «من ضرب مملوكاً حدّاً من الحدود من غير حدّ أوجبه المملوک علی نفسه لم يكن لضاربه كفاره إلاّ عتقه»(1).

وظاهرها الضرب من غير موجب الحدّ، ولا تعمّ ضربه فی مورد ارتكابه موجب الحدّ مقدار الحدّ أو أكثر من الحدّ، ولكن ربما يدعی عدم امكان الالتزام بوجوب ذلک، لأنّ الاستغفار مع الاستحلال كفّاره فيحمل العتق علی الاستحباب.

[2] قد تقدّم الكلام فی نفوذ الاقرار والاكتفاء بالمره حتّی فی موارد ثبوت الحدّ إلاّ أن يقوم فی مورد كالزنا ونحوه باعتبار المرات، وذكرنا أنّ ما ورد من أنّ الاقرار الواحد شهاده واحده لا يعم غير الزنا ونحوه، علی ما تقدّم فلا نعيد.

[3] بلا خلاف معروف أو منقول، ويعمّه الاطلاق لموثقه أبی بصير عن أبی عبداللّه عليه السلام : «من أفتری علی مملوک عزّر لحرمه الإسلام»(2)، فان مقتضی إطلاقها كاقتضاء التعليل الوارد فيها عدم الفرق بين كون القذف من مولاه أو غيره.

وفی موثقه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، قال: «جاءت امرأه إلی

1- (1) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث، 5: 340.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب مقدمات القذف، الحديث 12: 436.

....

الشَرح:

رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقالت: يا رسول اللّه انى قلت لامتى يا زانيه، فقال: «هل رأيت منها زنا؟ فقالت: لا، فقال: أما انّها ستقاد منک يوم القيامه، فرجعت إلى امتها فاعطتها سوطاً، ثم قالت: إجلدينى، فأبت الأمه فاعتقتها، ثم أتت الى النبى صلى الله عليه و آله فاخبرته، فقال: عسى أن يكون به»(1).

وقد يقال: إنّ ظاهرها عدم تعزير النبى صلى الله عليه و آله المرأه بقذفها مملوكتها، وربّما يجاب عن ذلک بعدم اقرارها على قذف امتها مرتين.

وفى الحديث ايضاً جهه اخرى للاشكال، وهو انّه صلوات اللّه وسلامه عليه وآله سأل المرأه هل رأيت منها زنا، وهذا السؤال لا دخل له فى ثبوت التعزير وعدمه، ولا فى ثبوت القذف وعدمه، ولا ثبوت زنا امتها وعدمه.

اللهم إلاّ ان يقال: المستفاد من بعض الروايات جواز اقامه المولى الحد على مملوكه إذا شاهد ارتكاب الموجب من المملوک، ولذا سأل صلوات اللّه عليه وآله عن رؤيتها، ويدلّ على ذلک موثقه اسحاق بن عمّار قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام إلى ان قال عليه السلام : يا اسحاق ان كنت تدرى حدّ ما اجرم فاقم فيه الحدّ ولا تعد حدود اللّه»(2).

وموثقه عبداللّه بن بكير عن عنبسه عن مصعب، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : «جاريه لى زنت أحدها؟ قال: نعم، قلت: ابيع ولدها قال: نعم»، وعلى روايه الصدوق قدس سره ان زنت جاريه لى أحدها؟ قال: نعم وليكن ذلک فى ستر فانّه اخاف

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب مقدمات القذف، الحديث 4: 430.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 339.

ثبوت التعزير على ارتكاب كل محرم وترک کل واجب

السادسه: كلّ من فعل محرماً أو ترک واجباً فللإمام تعزيره [1] بما لا يبلغ الحدّ، وتقديره الى الامام، ولا يبلغ به حدّ الحر فى الحر، ولا حدّ العبد فى العبد.

الشَرح:

عليک السلطان»(1)، فتأمّل.

وفى روايه على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام ، قال: سألته عن رجل هل يصلح له أن يضرب مملوكه فى الذنب يذنبه؟ قال: «يضربه على قدر ذنبه ان زنى جلده وان كان غير ذلک فعلى قدر ذنبه السوط والسوطين وشبهه ولا يفرط فى العقوبه»(2).

وفى معتبره طلحه بن زيد، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن على عليه السلام ، قال: «اضرب خادمک فى معصيه اللّه عزّ وجلّ واعف عنه فيما يأتى اليک»(3).

وعلى الجمله، سؤال النبى صلى الله عليه و آله المرأه عن رؤيه زنا أمتها لاحتمال ان يأذن فى اقامه الحدّ عليها، مع سقوط حدّ القذف لرؤيتها وثبوت زناها وعدم تعزيره المرأه مع نفيها رؤيه أمتها على الزنا، لعله لعفوه صلوات اللّه عليه لما يرى من تندّمها عن فعلها وسؤالها عن طريق التخلّص عن وزرها.

[1] ظاهر كلامه قدس سره ثبوت التعزير وتعلّقه بكلّ من ارتكب عملاً محرماً أو ترک واجباً، وإنّ التعزير موكول فى اقامته ومقداره إلى من له ولايه اقامه الحدّ، ولكن يعتبر فى التعزير أن لا يبلغ حدّ الحر إذا كان المرتكب حراً، ولا يبلغ حدّ العبد فيما إذا كان المرتكب عبداً، وعن جماعه تقييد الحرام أو ترک الواجب

1- (1) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 340.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 8: 340.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 30 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 340.

....

الشَرح:

بالكبائر، فلا تعزير على ارتكاب الصغيره إلاّ فى مورد قام الدليل فيه على التعزير أو الحدّ، لكون ترک الكبائر مكفّر الصغائر.

وبمّا يقال بعدم الفرق بين كون المرتكب حراً أو عبداً، فاللازم فى كلا الفرضين أن يبلغ التعزير أقلّ الحدّ الذى يقام على العبد يعنى اربعين سوطاً، وقد تقدّم أنّ هذا يستفاد من صحيحه حماد بن عثمان على ماقيل.

وقد يفصّل فى التعزير ويقال: ما ناسب الزنا فلا يجوز أن يبلغ التعزير فيه حدّ الزنا يعنى مائه جلده فى ارتكاب الحر وان لا يبلغ ما ناسب القذف أو شرب المسكر حدّهما يعنى ثمانين جلده، وفيما لا يناسب له لا يبلغ اقل الحدود وهو خمسه وسبعون حدّ القواد.

وعن كاشف اللثام انّ التعزير فى غير الموارد ورد فيها نص خاص بالأدب والتعزير منوط بما إذا لم ينته المرتكب بالنهى والتوبيخ ونحوهما، وأمّا إذا انتهى عن الارتكاب بذلک فلا موجب للتعزير، وربّما احتمل ادخال غير الضرب من مراتب الانكار فى التعزير.

أقول: ما يمكن أن يستند اليه فى المقام ما ذكرنا سابقاً من إنّ على الإمام حفظ النظام الإسلامى فى البلاد بين الرعيه، فكلّ من اخلّ بنظامها بالفساد والتعدى على الغير والمزاحمه للسائرين فعليه أدبه وتعزيره، على ما يظهر ذلک من سيره على عليه السلام فى موارد مختلفه من الروايات المتفرقه، سواء كان المنع والتعزير بالتسبب أو المباشره.

وأمّا فى جميع موارد ارتكاب المحرم وترک الواجب ممّا يقع بين العبد وربه ممّا اطلع عليه الإمام، فيستدلّ عليه بموثقه سماعه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ان

....

الشَرح:

لكل شىء حداً ومن تعدى ذلک الحدّ كان له حدّ»(1).

ونحوها ما فى صحيحه داود بن فرقد، حيث ذكر أبو عبداللّه عليه السلام فيها: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله لسعد بن عباده: «ان اللّه جعل لكل شىء حدّاً وجعل لمن تعدى ذلک الحدّ حدّاً»(2)، وتجاوز الحدّ يكون بمخالفه الوجوب وارتكاب الحرام، وامّا المباحات فلا يكون تجاوز الحدّ بالارتكاب أو لثبوت الترخيص فى كل منها.

وبما أنّ ظاهر الروايتين كون الحدّ فى الموضعين بمعنى واحد، فلابدّ من القييد فى كل شىء يكون المراد منه مخالفه الشرع أو التعدى والفساد، والمتقين هو الثانى كما لا يخفى.

وأمّا تحديد التعزير بما دون الحدّ والوكول فيه إلى نظر الحاكم، فقد تقدم الكلام فيه فى ذيل ما تقدم عن الماتن، من أنّ الاجنبيتان إذا وجدتا فى ازار واحد مجردتين، وذكرنا أنّ الثابت فى التعزير عدم بلوغه مقدار الحدّ فى الحر وفى العبد مقدار حدّ العبد كما فى عباره الماتن.

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، عن آبائه، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من بلغ حدّاً فى غير حدّ فهو المعتدين»(3)، ولا يبعد منصرفها ايضاً بلوغ حدّ الحر وحدّ العبد فى العبد، واللّه سبحانه هو العالم.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 311.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 309.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 6: 312.

ص :242

الباب الرابع: فى الحدّ المسكر والفقاع، ومباحثه ثلاثه.

المبحث الأول: فى الموجبات

الأوّل: فى الموجب.

وهو تناول المسكر أو الفقاع اختياراً مع العلم بالتحريم إذا كان المتناول كاملاً، فهذه قيود أربعه[1]، وشرطنا التناول ليعم الشرب والاصطباخ وأخذه ممزوجاً بالاعذيه والأدويه.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّه يتعلق الحدّ فى تناول المسكر والفقاع إذا كان التناول اختيارياً فلا حدّ إذا كان بالاكراه والاجبار عليه، وان يكون التناول الاختيارى مع العلم بحرمته وكان المتناول كاملاً بالبلوغ والعقل فانّ مع الاكراه والاجبار لا يكون التناول محرماً ليكون موجباً لتعلّق الحدّ.

كما لا يتعلّق الحدّ إذا كان التناول مع الجهل بحرمته، لقول أبى عبداللّه عليه السلام فى صحيحه الحلبى: «لو أنّ رجلاً دخل فى الإسلام وأقرّ به ثم شرب الخمر أو زنى واكل الربا ولم يتبيّن له شىء من الحلال والحرام لم اقم عليه الحدّ إذا كان جاهلاً، إلاّ أن تقوم عليه البينه أنّه قرأ السوره التى فيها الزنا والخمر واكل الربا، وإذا جهل ذلک اعملته وأخبرته، فان ركب بعد ذلک جلدته واقمت عليه الحدّ(1)، ونحوها غيرها.

وينبغى اضافه اعتبار العلم بالموضوع إلى العلم بالحكم، فانّ مع الجهل بالموضوع لا يتعلّق الحدّ، ولو مع العلم بحرمه الخمر واجتماع سائر الامور المذكوره، كما هو مقتضى ترخيص الشارع فى الارتكاب مع الجهل بالموضوع بحديث الرفع أو غيره، والاعتذار عن ترک التعرض لاعتباره للوضوح غير صحيح،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب مقدمات الحدود ح 1.

....

الشَرح:

فانّ وضوح اعتبار كمال المتناول لم يمنع عن التعرض لاعتباره.

ثم انّه قدس سره إعتبر التناول لا الشرب ، لعدم اختصاص الحرمه وتعلّق الحد بما كان التناول بالشرب، بل يعم ولو بنحو طبخ الطعام أو غيره بالمسكر أو مزجه بالأدويه، وبتعبير آخر الوارد فى كثير من الروايات وان كان عنوان شرب الخمر أو المسكر أو النبيذ، إلاّ أنّ المتفاهم العرفى عدم الخصوصيه للشرب، بل بما هو فرد متعارف من تناول الخمر والمسكر، ولا يحتمل الفرق بحسبه بين شرب الخمر متميزاً أو ممزوجاً بغيره حتّى فيما كان الامتزاج موجباً لفقد التمييز.

نعم، إذا لم يصدق تناول الخمر والمسكر والفقاع لم يتعلّق بالارتكاب حدّ شرب المسكر، كما إذا القى مقدار قليلاً من الخمر بحبّ من الماء وشرب من الماء المزبور، وهذا فيما إذا اقتصر على شرب بعض الماء ظاهر، فانّه وإن يحرم شرب الماء لنجاسته إلاّ انّه لا يصدق عليه شرب المسكر.

نعم، إذا شرب تمام الماء تديجاً ففى عدم صدق تناول الخمر تأمل، لما ذكرنا فى بحث الاستهلاک انّه ليس من انعدام الموضوع بل تبعيه الممتزج بالممتزج فيه من حيث الحكم وتحتاج هذه التبعيه الى قيام دليل عليها، كما إذا كان الماء المستهلک فيه معتصماً، فانّ مقتضى ما دلّ على جواز الشرب والوضوء من المعتصم عدم الاعتناء بما يستهلک فيه من القذر.

وقد يقال: إنّ مقتضى موثقه اسحاق بن عمّار عموم الحكم لمطلق تناول المسكر وانّها تدل على تعلق الحدّ بمطلق تناول المسكر، فانّه روى عن أبى بصير عن أحدهما عليهماالسلام ، قال: «كان على عليه السلام يضرب فى الخمر والنبيذ ثمانين»(1)، ولكن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 2: 469.

....

الشَرح:

لا يخفى عدم إمكان الأخذ باطلاقها، وإلاّ لزم الالتزام بتعلّق الحدّ فى صنع الخمر والنبيذ وبيعهما وحملهما، إلى غير ذلک من التصرّفات المحرّمه فيهما.

نعم، يمكن أن يقال: آنهاتعم الشرب ولو غير متميّز، كما فى خلط الخمر والنبيذ بالغذاء والماء، ويدلّ على ذلک ايضاً ما ورد فى عدم جواز شرب الخمر والنبيذ بكسرهما بالماء.

وفى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج، قال: استأذنت لبعض أصحابنا على أبى عبداللّه عليه السلام فسألته عن النبيذ، فقال: «حلال»، فقلت: اصلحک اللّه إنّما سألتک عن النبيذ الذى يجعل فيه العكر فيغلى حتّى يسكر، فقال أبو عبداللّه عليه السلام : «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : كلّ ما اسكر حرام»، فقال الرجل: إنّ من عندنا بالعراق يقولون إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله عنى بذلک القدح الذى يسكر، فقال أبو عبداللّه عليه السلام : «إنّ ما اسكر كثيره فقليله حرام»، فقال له الرجل: فاكسره بالماء، فقال أبو عبداللّه عليه السلام : لا وما للماء أن يحل الحرام اتّق اللّه ولا تشربه»(1).

وفى روايه عمر بن حنظله، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام ماترى فى قدح من مسكر يصبّ عليه الماء حتّى تذهب عاديته ويذهب سكره، فقال: «لا واللّه ولا قطره قطرت فى حبّ إلاّ اهريق ذلک الحبّ»(2)، إلى غير ذلک ممّا يدلّ على حرمه التناول، ولكن فى دلالتها على تعلّق حدّ شرب الخمر تأمّل بل منع، والعمده ما ذكرنا.

وظاهر الكلمات عدم الفرق بين المسكر الجامد والمايع فى تعلّق لحدّ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث 7: 270.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث 1: 272.

المراد من المسكر الذى يجب الحد فيه

ونعنى بالمسكر ما هو من شأنه أن يسكر[1]، فان الحكم يتعلّق بتناول القطره منه، ويستوى فى ذلک الخمر وجميع المسكرات، التمرّيه والزبيبيه والعسليه والمرز المعمول من الشعير أو الحنظله أو الذرّه، وكذا ما لو عمل من شيئين أو ما زاد.

الشَرح:

الآتى، ولكن تناول الجامد وان يكون محرماً كالمايع لقول رسول اللّه صلى الله عليه و آله : كل مسكر حرام، على ما فى عده من الروايات، إلاّ أنّ الحدّ كما تقدّم ذكره لشرب الخمر والنبيذ والفقاع بل لشرب المسكر، فالتعدى منها إلى تناول الخمر أو غيرها بغير الشرب أمر صحيح كما ذكرنا، إلاّ أنّ فى التعدى إلى الجامد بالاصل تأملاً، واللّه العالم.

[1] المراد أنّه لا يعتبر فى تعلّق الحدّ بالمتناول صيرورته سكراناً، بل لو شرب منه قطره بالشرائط المتقدّمه يتعلّق به الحدّ، بلا فرق بين المسكر المعمول من التمر أو الزبيب أو العسل، أو المعمول من الشعير والحنظله أو الذره، أو المعمول من شيئين أو ما زاد.

والظاهر عدم الفرق فى تعلّق الحد بين القليل والكثير اتفاقى، ولا يعتبر فى تعلّق صيروره المتناول سكراناً، ويشهد لذلک مضافاً إلى الاطلاق المقتضى لعدم الفرق فى مثل صحيحه بريد بن معاويه، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إنّ فى كتاب على عليه السلام يضرب شارب الخمر ثمانين وشارب النبيذ ثمانين»(1).

مثل صحيحه عبداللّه بن سنان قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «الحدّ فى الخمر ان يشرب منها قليلاً أو كثيراً»(2).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 470.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 3: 470.

....

الشَرح:

ولكن فى صحيحه الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام ، قلت: أرأيت ان أخذ شارب النبيذ ولم يسكر أيجلد ثمانين، قال: «لا، وكل مسكر حرام»(1).

وفى صحيحه أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قلت: أرأيت ان أخذ شارب النبيذ ولم يسكر أيجلد، قال: «لا»(2).

وفى المرسله المرويه عن علل الصدوق قال، قال أبو جعفر عليه السلام : «إذا سكر من النبيذ المسكر والخمر جلد ثمانين»(3).

وروى قبل هذه عن زراره، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام وسمعتهم يقولون انّه عليه السلام قال: «إذا شرب الرجل الخمر فسكر هذى فإذا هذى افترى فإذا ذلک فاجلدوه جلد المفترى ثمانين جلده»(4).

أقول: أمّا المرسله الاولى فلا يمكن الاعتماد عليها، وكذا الثانيه، بل يمكن دعوى ظهور الثانيه فى تعلّق الحدّ بشرب الخمر وان يحصل السكر والهذى والقذف، لكون ما ذكر حكمه فى تعيين الحدّ فى شرب الخمر بحدّ القذف.

فقد روى الكلينى قدس سره عن على بن إبراهيم، عن محمّد بن عيسى، عن يونس، عن زراره، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قال على عليه السلام يقول: «ان الرجل إذا شرب الخمر سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فاجلدوه حدّ المفترى»(5)، والظاهر أنّ هذه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 5: 470.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 4: 470.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 8: 470.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 7: 470.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المسكر، الحديث 4.

....

الشَرح:

هی التی رواها الصدوق قدس سره فی العلل عن زراره.

وأمّا صحیحتا الحلبی وأبی الصباح الکنانی، فالوارد فیهما عدم الحدّ فی شرب النبیذ إذا لم یسکر، فیحملان علی التقیه لموافقه مدلولهما مذهب العامه أو علی النبیذ الحلال.

وعلی الجمله، شرب النبیذ کشرب الخمر وانّ الموضوع لتعلّق الحدّ تناولهما، سواء کان بشربهما أو بما لا یحتمل الفرق بینه وبین الشرب کاللاصطباغ وامتزاجهما ولو عند الشرب بماء أو غیره من مایع أوجامد، سواء اسکر لکثرته أو یسکر لقلّته.

وفی معتبره کلیب الاسدی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن النبیذ، فقال: «انّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله خطب للناس فقال: أیها الناس ألا ان کلّ مسکر حرام وما اسکر کثیره فقلیله حرام»(1).

فانّ اطلاق مثلها یعم تناول القطره وإنّ لم یصدق علیه الشرب، وفی موثقه سماعه قال: سألته عن التمر والزبیب یخلطان للنبیذ، فقال: «لا، کل مسکر حرام، وقال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : کل اسکر کثیره فقلیله حرام»(2)، إلی غیر ذلک ممّا یقتضی حرمه تناول المسکر بلا فرق بین القلیل والکثیر، کان بنحو یصدق علیه الشرب أم لا.

وأمّا تعلق الحدّ بالتناول من أی أنواع المسکر، فیشهد له عده من الروایات، منها صحیحه أبی الصباح الکنانی، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «کل مسکر من الأشربه

1- (1) الوسائل: 17، الباب 17 من أبواب الاشربه المحرمه، الحدیث 2.
2- (2) الوسائل: 17، الباب 17 من أبواب الرشربه المحرمه، الحدیث 5.

ويتعلّق الحكم بالعصير إذا غلى واشتدّ وان لم يقذف بالزبد[1]، الاّ أن يذهب

الشَرح:

يجب فيه كما يجب فى الخمر من الحدّ»(1)، وصحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع، عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن الفقاع، فقال: «خمر، وفيه حدّ شارب الخمر»(2).

[1] لا ينبغى التأمّل فى حرمه تناول العصير العنبى بعد غليانه وقبل ذهاب ثلثيه، سواء القى الزبد أم لا، وقد تعرّضنا لذلک عند البحث فى نجاسته عند المشهور، والكلام فى المقام فى ثبوت حدّ شرب المسكر فى شربه.

فانّه يستدلّ على ذلک بصحيحه معاويه بن عمّار، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل من أهل المعرفه يأتينى بالبختج ويقول: قط طبخ على الثلث وأنا أعرف أنّه يشربه على النصف، فقال: «خمر، ولا تشربه»(3).

ولكن قد يناقش فى الاستدلال أنّ لفظ الخمر موجود فى الروايه على نقل الشيخ قدس سره ، وأمّا على نقل الكلينى غير موجود، فلم يثبت تنزيله منزله الخمر حتّى يقال بجريان حدّ شرب الخمر فى شربه، وليس المقام من باب اختلاف الروايتين فى الزياده والنقيصه فى النقل ليقال يؤخذ بالزياده، لأنّ راوى النقيصه لا ينفى الزياده.

كما يناقش فى دلالتها على تقدير وجود لفظ الخمر بأنّه ليس فى البين قرينه على إطلاق التنزيل، والمتيقن منه حرمه الشرب كما وقع السؤال عنها، وبتعبير آخر لو كانت الروايه هكذا: خمر فلا تشربه، كان التفريع قرينه على اطلاق التنزيل،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد المسكر، الحديث 1.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد المسكر، الحديث 1.
3- (3) الوسائل: 17، الباب 7 من أبواب الاشربه المحرمه، ح 4.

بالغليان ثلثاه أو ينقلب خلاً، وبما عداه إذا حصلت فيه الشده المسكره[1].

الشَرح:

ولكن الموجود: خمر لا تشربه.

ولكن ذكرنا فى نجاسه العصير أنّه لو كانت الروايه: خمر فلا تشربه، لم يمكن لنا الحكم بنجاسه العصير أو جريان سائر أحكام الخمر على العصير، لأنّ الجواب فى الروايه حكم ظاهرى فانّه وقع جواباً عن السؤال عن حكم العصير الذى اخبر ذو اليد الذى يرى جواز شربه على النصف بأنّه مطبوخ على الثلث، ومع إحتمال الصدق فى قوله ذكر سلام اللّه عليه خمر لا تشربه أو فلا تشربه.

ومن المعلوم أنّ التنزيل فى الحكم الظاهرى فى المشكوک تابع للتنزيل بحسب الحكم الواقعى، فان كان تنزيل العصير المغلى منزله الخمر فى خصوص حرمه شربه يكون الثابت فى المغلى المشكوک ذهاب ثلثيه هى الحرمه الظاهريه، وان ذكر النهى عن شربه بنحو التفريع وان كان التنزيل بلحاظ جميع الأحكام يكون الثابت فى المشكوک تمام تلک ا لأحكام، والمتقين من التنزيل بحسب الحكم الواقعى هو التنزيل فى حرمه الشرب.

وذكرنا أيضاً أنّ الفرق بين قوله عليه السلام : خمر لا تشربه، وبين قوله: خمر فلا تشربه، على تقدير كون التنزيل لبيان الحكم والواقعى وإن كان موجوداً، حيث إنّ التفريع ظاهره إطلاق التنزيل وعمومه، إلاّ هذا الظهور زائد على ظهور نفس إطلاق التنزيل، فلا يكون فقده موجباً لعدم ظهور نفس التنزيل فى الاطلاق.

كما أنّ ذكر حكم بعد التنزيل بدون التفريع لا يكون مانعاً عن انعقاد الاطلاق فى التنزيل، فيما كان ذكر ذلک الحكم لكونه محل الابتلاء أو مورد السؤال، نظير ما ورد أنّ ما أصاب المحرم من صيد ميته لا تأكله، حيث إنّ النهى عن الأكل لا يمنع إطلاق التنزيل بلحاظ آثار الميته.

[1] قد ذكرنا فى بحث نجاسه العصير العنبى وعدم نجاسه أنّ حرمه تناوله

وأمّا التمر إذا غلا يبلغ حدّ الاسكار ففى تحريمه تردّد، والاشبه بقاؤه على التحليل حتى يبلغ، وكذا البحث فى الزبيب إذا نقع بالماء فغلى نفسه أو بالنار، والاشبه أنّه لا يحرم ما لم يبلغ الشده المسكره.

والفقاع كالنبيذ المسكر فى التحريم[1]، وان لم يكن مسكراً، وفى وجوب الامتناع عن التداوى به والاصطباغ.

الشَرح:

بالغليان إلى يذهب أن ثلثاه ويبقى ثلثه تختص به ولا تجرى فيما عداه من الزبيب أو التمر، وانّ الملاک فى حرمه عصيرهما صيرورته مسكراً، فانّ مع الاسكار يدخل فى قولهم عليهم السلام «كل مسكر حرام».

ويعمه مثل قوله عليه السلام فى معتبره أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كل مسكر من الأشربه يجب فيه كما يجب فى الخمر من الحدّ»(1).

[1] بلا خلاف يعرف عند أصحابنا، ويدلّ عليه صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع، عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن الفقاع، قال: «هو خمر وفيه حدّ شارب الخمر»(2)، وموثقه ابن فضال قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع، فقال: «هو الخمر وفيه حدّ شارب الخمر»(3).

ثم إنّ حرمه التداوى بالخمر والفقاع مع إمكان التداوى بغيرهما، ممّا لا ينبغى التأمّل فيها لعدم الاضطرار معه الموجب لارتفاع حرمتهما، وفى مصححه عمر بن اُذينه قال: كتبت إلى أبى عبداللّه عليه السلام أسأله عن الرجل ينعت له الدواء من ريح البواسير فيشربه بقدر اسكرجه من نبيذ ليس يريد به اللّذه إنّما يريد الدواء، فقال:

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 473.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 479.

3- (3) الوسائل: 17، الباب 27 من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث 2: 387.

واشترطنا الاختيار تفصيّاً من المكره، فانّه لا حدّ عليه ولا يتعلق الحكم بالمتناول ما لم يكن بالغاً عاقلاً، وكما يسقط الحد عن المكره يسقط عمن جهل التحريم أو جهل المشروب[1].

الشَرح:

«لا ولا جرعه انّ اللّه لم يجعل فى شىء مما حرّم دواء ولا شفاء»(1).

وفى صحيحه على بن جعفر عن أخيه، قال: سألته عن الدواء هل يصلح بالنبيذ، قال: «لا» إلى أن قال سألته عن الكحل يصلح أن يعجن بالخمر، قال: «لا»(2).

وفى صحيحه الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن دواء عجن بالخمر، فقال: «لا واللّه، ما أحب أن أنظر إليه فكيف أتداوى به أنّه بمنزله شحم الخنزير أو لحم الخنزير وترون أناساً يتداوون به».

إلى غير ذلک ممّا التزم غير واحد من أصحابنا باطلاقها وشمولها، حتّى لصوره الاضطرار إلى التداوى بهما لعدم امكان التداوى بغيرهما.

ولكن لا يخفى على تقدير شمولها لحاله الاضطرار إلى التداوى لكون المرض يجعله فى معرض الهلاک أو غيره من الضرر اللازم دفعه، فيرفع اليد عن اطلاقها بحديث رفع الاضطرار، نظير الاضطرار إلى لحم الخنزير وشحمه، وما فى بعض الروايات من التعرض لحرمته فى خصوص صوره الاضطرار فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، مع إحتمال أن يكون المراد بالاضطرار خصوص الحاجه لا الاضطرار إلى التحفظ على النفس من الهلاک ونحوه.

[1] قد تقدّم الوجه فى إعتبار الامور الأربعه، ولكن قد ورد فى بعض

1- (1) الوسائل: 17، الباب 20 من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث 1.
2- (2) الوسائل: 17، الباب 20 من أبواب الاشربه المحرمه، الحديث 1.

ويثبت بشهاده عدلين مسلمين، ولا تقبل فيه شهاده النساء منفردات ولا منضمات[1]، وبالاقرار مرتين ولا يكفى المرّه، ويشترط فى المقرّ: البلوغ وكمال العقل والحريه والاختيار.

الثانى فى كيفيه الحدّ.

وهو ثمانون جلده، رجلاً كان الشارب أو امرأه، حرّاً كان أو عبداً[2]،

الشَرح:

الروايات نفى التقيه فى شرب النبيذ، وقد يقال: يستفاد منها عدم جواز شربه مع الاكراه ايضاً، نظير ما يستفاد ممّا ورد فى نفى التقيه فى إراقه الدم والقتل.

ولكن المراد من نفى التقيه فى شرب النبيذ نظير نفى التقيه فى المسح على الخفين هو عدم الحكم بجواز الاول تكليفاً وبمشروعيه الثانيه وصفاً رعايه للتقيه فى الحكم، وإلاّ فلا يحتمل حرمه شربه إذا اكره على شربه بالوعيد بالقتل أو فى مورد الاضطرار عليه نظير الاضطرار إلى أكل الميته.

ولذا لم ينضم إلى إراقه الدم والقتل فى الروايات النافيه للتقيه فى القتل وإراقه الدم، بأن يرد: فاذا بلغت التقيه الدم أو شرب النبيذ فلا تقيه.

[1] لما تقدّم من إطلاق ما دلّ على اعتبار البينه يعنى شهاده العدلين، ولا تقبل شهاده النساء فى الحدود إلاّ فى الزنا، وانّ الاقرار مرّه كاف فى الثبوت والتعدى عما ورد فى الاقرار بالزنا من حسابه شهاده واحده إلى مثل المقام قياس، ويؤخذ فى المقام بالاطلاق المتقدّم الدال على اجراء الحدّ على المرتكب باقراره بالارتكاب مرّه.

[2] لا خلاف بين اصحابنا فى أنّ الحدّ فى شرب الخمر ثمانون جلده، ويشهد لذلک موثقه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كان على عليه السلام يضرب فى الخمر والنبيذ ثمانين الحر والعبد واليهودى والنصرانى»، قلت: وما شأن اليهودى

ص :253

....

الشَرح:

والنصرانى؟ قال: «ليس لهم ان يظهروا شربه يكون ذلک فى بيوتهم»(1).

وفى موثقه الاخرى قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يجلد الحر والعبد واليهودى والنصرانى فى الخمر والنبيذ ثمانين الحديث»(2).

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجلد اليهودى والنصرانى فى الخمر والنبيذ المسكر ثمانين جلده إذا اظهروا شربه فى مصر من أمصار المسلمين»(3).

وفى صحيحه أبى المغرا، عن أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «كان على عليه السلام يجلد الحر والعبد واليهودى والنصرانى فى الخمر ثمانين»(4)، ونحوها غيرها.

وما فى بعضها من اطلاق الضرب بثمانين من غير تقييده بالجلد ينصرف إلى الضرب جلداً، فانّه المعهود فى الحدود والتعزير خصوصاً بملاحظه صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إنّ علياً عليه السلام كان يقول: إنّ الرجل إذا شرب الخمر سكر، وإذا سكر هذى، وإذا افترى فاجلدوه حدّ المفترى»(5)، فان المفترى حدّه ثمانون جلده كما تقدّم.

وما يظهر فى بعض الروايات من كفايه الضرب بالنّعال والسعف، كصحيحه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 471.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 2: 471.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 3: 471.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 4: 471.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المسكر، الحديث 4: 467.

....

الشَرح:

أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قلت له: كيف كان يجلد رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: فقال: «كان يضرب بالنعال ويزيد كلّما أتى بالشارب ثم لم يزل الناس يزيدون حتّى وقف على ثمانين، أشار بذلک على عليه السلام على عمر فرضى بها»(1).

ومثلها صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، وظاهرها أنّ الضرب كذلک كان فى ابتداء الأمر حتّى حصل التعين بثمانين جلده.

ثم إنّ ظاهر الروايات كون الثمانين مترتبه كسائر الحدود فلا يكفى الثمانون متداخله، ولكن فى موثقه زراره قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «أقيم عبيداللّه بن عمر وقد شرب الخمر فأمر به عمران يضرب، فلم يتقدّم عليه احد يضربه حتّى قام على عليه السلام بنسعه مثنيه لها طرفان فضربه بها أربعين»(2).

وفى معتبره قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «إنّ الوليد بن عقبه حين شهد عليه بشرب الخمر، قال عثمان لعلى عليه السلام : اقض بينه وبين هؤلاء الذين زعموا انّه شرب الخمر، فأمر على عليه السلام فجلد بسوط له شعبتان أربعين جلده»(3)، ولكنهما حكايه واقعه شخصيه ولعله لملاحظه خصوصيه فى الواقعه، كما تقدّم حكايه مثله فى بعض الموارد من بعض الحدود.

وعدم الفرق بين الرجل والمرأه فهو مقتضى الاطلاق فى مثل صحيحه بريد بن معاويه، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إنّ فى كتاب على يضرب

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 467.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المسكر، الحديث 2: 467.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 470.

....

الشَرح:

شارب الخمر ثمانين وشارب النبيذ ثمانين»(1)، وقوله عليه السلام فى صحيحه سليمان بن خالد: «من شرب الخمر فاجلدوه الحديث».

وأمّا عدم الفرق بين الحر والمملوک فهو المشهور عند اصحابنا، وعن الصدوق قدس سره التنصيف فى المقام، لكون الحدّ فيه من حقوق اللّه سبحانه، ومال إليه العلامه فى المختلف كالشهيدين.

ويستدلّ على ذلک بموثقه ابن بكير(عن أبى بكر الحضرمى)، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مملوک قذف حراً، قال: «يجلد ثمانين هذا من حقوق الناس، فامّا ما كان من حقوق اللّه فانّه يضرب نصف الحدّ»، قلت: الذى من حقوق اللّه ماهو؟ قال: «إذا زنى أو شرب الخمر فهذا من حقوق اللّه التى يضرب فيها نصف الحدّ»(2).

وفى معتبره حماد بن عثمان، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : كم التعزير، فقال: «دون الحدّ»، قال: قلت: دون ثمانين، قال: «لا، ولكن دون أربعين فانّها حدّ المملوک الحديث»(3).

وقد تقدّم أنّ حدّ المملوک فى القذف ثمانون، فيكون حدّ الاربعين حدّاً للمملوک فى شرب المسكر، وفى روايه يحيى بن أبى العلاء عن أبى عبداللّه عليه السلام «كان يقول أبى: حدّ المملوک نصف حدّ الحر»(4).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 468.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 14: 437.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب بقيه الحدود، الحديث 3: 584.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 9: 473.

....

الشَرح:

ولكن روايه يحيى بن أبى العلاء لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، مع أنّها مطلقه بالاضافه إلى حدّ المسكر، فيمكن تقييد اطلاقها بحدّ الزنا، للروايات الدلاله على تسويه حدّ الشرب بين الحرّ والعبد، وروايه حماد بن عثمان لا تدلّ على أنّ حدّ العبد فى شرب المسكر أربعون، فيمكن أن يراد منه حدّ القذف، حيث ورد فى حدّ القذف أنّه فى العبد أربعون، ويمكن كون هذه ايضاً من قبيل الروايه الوارده حدّ القذف.

وأمّا موثقه ت ابن بكير عن أبى بكر الحضرمى، فهى مطروحه عند المشهور لموافقتها للعامه، فيرجح الأخبار الداله على تسويه بين الحر والمملوک فى حدّ شرب الخمر، ولا تصل النوبه إلى التساقط والرجوع إلى القاعده المستفاده من الأخبار، من أنّ الحدّ فى المملوک ينتصف فى حقوق اللّه سبحانه.

لا يقال: على ما ذكر لا يبقى للقاعده المزبوره مورد ويكون التنصيف مختصاً برنا المملوک، فانه يقال: قد أخذنا بالعموم فى السحق والتفخيذ والنوم تحت إزار واحد على ما تقدّم، فكيف لا يبقى لها مورد.

وما ذكر الشهيد قدس سره فى وجه ميله إلى الانتصاف، هو أنّ الموثقه للتعليل الوارد فيها أظهر بالاضافه إلى الروايات الوارده فى التسويه، ولكن لا يخفى أنّ التعليل لا يوجب كونها أظهر، مع أنّ الاظهريه التى توجب حمل الأخبار عليها ما إذا كانت موجبه للجمع العرفى بين الاخبار، والموثقه مع الاخبار الوارده فى التسويه متباينان فى المدلول متكافئان.

وفى روايه يحدّ العبد أربعين، وهى متروكه، وأمّا الكافر، فان تظاهر به حدّ وان استتر لم يحدّ[1].

الشَرح:

[1] ويشهد لجريان الحدّ على الكافر مع تظاهره بالشرب مضافاً الى الاطلاق فى مثل صحيحه بريد بن معاويه قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إنّ فى كتاب على عليه السلام : يضرب شارب الخمر ثمانين وشارب النبيذ ثمانين»(1).

موثقه أبى بصير، عن أحدهما عليه السلام قال: «كان على عليه السلام يضرب فى الخمر والنبيذ الحر والعبد واليهودى النصرانى»، قلت: وما شأن اليهودى والنصرانى؟ قال: «ليس لهم أن يظهروا شربه يكون ذلک فى بيوتهم»(2).

وفى مضمرته قال: «حدّ اليهودى والنصرانى والمملوک فى الخمر والفريه سواء وأنما صولح أهل الذمه على أن يشربوها فى بيوتهم»(3)، إلى غير ذلک.

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجلد اليهودى والنصرانى فى الخمر والنبيذ المسكر ثمانين جلده إذا اظهر واشربه فى مصر من أمصار المسلمين، كذلک المجوس، ولم يعرض لهم إذا شربوها فى منازلهم وكنايسهم حتّى يصير بين المسلمين»(4).

ولا يخفى أنّ ظاهر هذه الروايات أنّ شرب الكافر المسكر بنفسه لا يوجب الحدّ عليه، وإنّما الموجب تظاهره بشربه فى بلاد المسلمين، فلا دلاله لهذه الروايات على تكليف الكفار بالفروع، وانّ عدم اجراء الحدّ عليهم مع شربهم فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 469.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 471.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 5: 471.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد المسكر، الحديث 3: 471.

كيفيه ضرب شارب المسكر

ويضرب الشارب عرياناً على ظهره وكتفيه، ويتّقى وجهه وفرجه[1]، ولا يقام عليه الحد حتّى يفيق[2].

الشَرح:

بيوتهم لاقتضاء عقد الذمه، بل ظاهرها عكس ذلک وان اجراء الحدّ عليهم للاشتراط عليهم بعدم الشرب علناً فى أمصار المسلمين فى عقد الذمه.

[1] ظاهر كلام قدس سره أنّ شارب المسكر يجرد لجريان الحدّ عليه عرياناً، حتّى ما لو كان عند الشرب لابساً ويضرب ظهره وكتفاه ويجتنب وجهه وفرجه، ويمكن أن يستظهر الحكم فى المقام من قول أبى جعفر عليه السلام فى موثقه زراره أو مصححته: «يضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأه قاعده ويضرب على كل عضو ويترک الرأس والمذاكير»(1) وعلى روايه الشيخ قدس سره : ويترک الوجه والمذاكير.

وفى مرسله حريز عمّن أخبره عن أبى جعفر عليه السلام «يفرق الحدّ على الجسد كلّه ويبقى الوجه والفرج ويضرب بين الضربين»(2).

وفى مصححه أبى بصير التى رواها مضمره، قال: سألته عن السكران والزانى، قال: «يجلدان بالسياط مجرّدين بين الكتفين فامّا الحدّ فى القذف فيجلد على ما به ضرباً بين الضربين».

ويمكن أن يكون ذكر بين الكتفين للاتقاء عن الفرج والرأس، ولو جمعاً بينها وبين ما تقدّم وما ورد فى الزنا أنّ يجلد على كل عضو منه ويتقى فرجه ورأسه أو وجهه، ولا يبعد عدم قدح الاضمار فى مصححه أبى بصير، وعليه فالظاهر اعتبار التجريد، ولكنّه يختص بالرجل حيث إنّ بدن المرأه عوره فاللازم سترها، ولذا يجرى عليها الحدّ قاعده على ما مر فى الجلد للزنا.

[2] وقد نفى فى الجواهر الخلاف فى ذلک، وعلله بأنّ فائده الحدّ هو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 1: 369.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد الزنا، الحديث 6: 369.

واذا حدّ مرتين قتل فى الثالثه، وهو المروى[1]، قال فى الخلاف: يقتل فى الشَرح:

الانزجار ولا يحصل إلاّ بالاجراء بعد الاقامه، ولكن لا يخفى ما فيه من تأخير الحدّ ولم يعلم انحصار الفائده فى الانزجار خاصه من نفس المرتكب، ولذا يجرى الحدّ على المجنون الحادث جنونه بعد زناه، وكذا فى شرب المسكر وغيره.

[1] هذا هو المشهور بين الأصحاب، ويشهد لذلک صحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه، فان عاد الثالثه فاقتلوه»(1).

وصحيحه أبى عبيده، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه، فان عاد فاقتلوه»(2)، ونحوهما صحيحه جميل بن دراج، وموثقه أبى بصير وغيرها.

ويقتضيه ايضاً صحيحه يونس بن عبدالرحمن، عن أبى الحسن عليه السلام ، قال: «اصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحدود مرتين قتلوا فى الثالثه»(3).

ومع ذلک المحكى عن الصدوق، والشيخ فى الخلاف والمبسوط، انّه يقتل فى الرابعه، وقد مال إليه العلامه والشهيد ، ولعله بأنّ شرب الخمر لا يزيد عن الزنا، ولما روى الكلينى بعد صحيحه المتقدمه، قال جميل: روى عن بعض أصحابنا أنّه يقتل فى الرابعه، قال ابن عمير: كأن المعنى أن يقتل فى الثالثه ومن كان انما يؤتى به يقتل فى الرابعه.

أقول: ما ذكره ابن عمير لا يخلو عن اجمال، ولعل مراده أنّ شارب المسكر يقتل فى الثالثه وإذا فرّ يقتل فى الرابعه، وكيف ما كان، ماقال، جميل عن روايه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 476.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد المسكر، الحديث 3: 476.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 11 من أبواب حد المسكر، الحديث 2: 476.

المبحث الثالث: فى أحكامه

ثبوت الحد بشهاده واحد بالشرب والباقى بالقىء

الرابعه: ولو شرب مراراً كفى حدّ واحد[1].

الثالث فى احكامه، وفيه مسائل:

الاولى: لو شهد واحد بشربها والآخر بقيئها وجب الحدّ[2]، ويلزم على ذلک وجوب الحدّ لو شهدا بقيئها، نظراً الى التعليل المروى، وفيه تردّد لاحتمال الاكراه على بعد، ونقل هذا الاحتمال يندفع بانه لو كان واقفاً لدفع به عن نفسه اما لو ادعاه فلا حدّ.

الشَرح:

بعض أصحابنا لا يخرج عن الروايه المرسله التى لا يمكن رفع اليد بها عن الأخبار المتقدّمه، خصوصاً مع عدم عمل المشهور بها كما لا يخفى.

ولا يختص الحكم المزبور بشرب الخمربل يجرى فى شرب سائر المسكرات، لقول أبى عبداللّه عليه السلام فى صحيحه أبى الصباح الكنانى: «كل مسكر من الاشربه يجب فيه كما يجب فى الخمر من الحدّ»(1).

[1] قد تقدّم ذلک فى سائر موجبات الحدّ، حيث إنّ ظاهر الأخبار أنّ ثمانين جلده حدّ لشارب الخمر عند المجىء به فى المره الاولى والثانيه، سواء كانت المره الاولى بعد الشرب مراراً أم لا، وكان نوع المسكر واحداً أم متعدّداً، وكذا الحال فى المره الثانيه.

[2] قد تقدّم فى كتاب الشهادات أنّ شهاده العدلين إذا كانت بواقعه واحده تكون تلک الشهاده بيّنه، وأمّا إذا كانت شهاده أحدهما بواقعه وشهاده الآخر بواقعه اخرى فلا بيّنه، وفى مثل المفروض فى المقام بأن يشهد أحد العدلين بشربه الخمر وشهاده الآخر بقيئها تتحقق البينه بشربه الخمر، حيث إنّ الشهاده بقيئها شهاده بشربها ايضاً، حيث ذكرنا يكفى فى الشهاده بالشىء حسّ لازم ذلک الشىء.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 473.

....

الشَرح:

ويدلّ على ذلک ايضاً روايه الحسن بن زيد عن أبى عبداللّه عليه السلام ،عن أبيه، قال: «أتى عمر بن الخطاب بقدامه بن مظعون وقد شرب الخمر فشهد عليه رجلان أحدهما خصى وهو عمرو التميمى والآخر المعلى بن الجارود، فشهد أحدهما أنّه رأه يشرب وشهد الآخر انّه رأه يقىء الخمر، فقال لأمير المؤمنين: ما تقول يا ابا الحسن فانّک الذى قال له رسول اللّه صلى الله عليه و آله أنت اعلم هذه الامه واقضاها بالحق، فانّ هذين اختلفا فى شهادتهما، قال: ما اختلفا فى شهادتهما وما قاءها حتّى شربها»(1).

ولكن هذه لصعف سندها تصلح للتأييد، ويلزم على السماع أنّه لو شهد كلّ منهما بقيئه الخمر يثبت الشرب، فيتعلّق به الحدّ.

وقد يقال بعدم سماع هذه البينه ولو فرض وحده الواقعه، فانّ الشهاده بالقىء لا تكون شهاده بالشرب بالاختيار ومن غير اكراه حتّى تتم الشهاده بموضوع الحدّ، وإالى ذلک يشير كلام الماتن قدس سره : وفيه تردّد لاحتمال الاكراه.

واجيب عن ذلک بأنّه لو كان فى البين اكراه لتعرض المشهود عليه بأنّه كان مكرهاً عليه فى شربه، فسكوته اعتراف بعدم الاكراه، ولذا لو كان مدعياً الاكراه لم يحدّ.

أقول: إذا كان الشخص ممّن يحتمل فى حقّه الاشتباه أو الجهل بكون المشروب خمراً أو الاكراه عليه، فلا يحرز موجب الحدّ وسكوته وعدم اظهاره بأنّه كان مكرهاً عليه لاعتقاده عدم الاعتناء بدعواه أو لنسيانه أن يذكره لدهشته.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 480.

حكم من شرب الخمر مستحلاً

الثانيه: من شرب الخمر مستحلاً استتيب، فان تاب اقيم عليه الحدّ وان امتنع قتل، وقيل: يكون حكمه حكم المرتد، وهو قوى[1]،

الشَرح:

والحاصل أنّ الروايه مع ضعفها سنداً وورودها فى واقعه لعلّها كانت مقترنه بما يوجب العلم بانتفاء الاكراه أو الشبهه لا تكون صالحه لرفع اليد عن القاعده المستفاده من الروايات، من ثبوت موجب الحدّ بالشهاده بالموجب أو اصل الارتكاب بالبينه وسائر خصوصياته بالعلم.

وممّا ذكر يظهر الحال فيما لو شهد احدهما بالشرب والآخر بالقىء، وأنّه يثبت بشهادتهما إذا لم يحتمل فى حقه الاكراه عليه أو الجهل بالمشروب، وكذلک فى المورد الذى شهد كل منهما بقيئه الخمر.

[1] المحكى عن الشيخين وجمع آخر أنّه من شرب الخمر مستحلاً شربه يستتاب فان تاب اقيم عليه الحدّ وإلاّ يقتل بعد اقامه الحدّ عليه، بلا فرق فى المستحلّ بين كون إسلامه بعد كفره أو كان إسلامه فطرياً، وفى مقابل ذلک أنّ المستحلّ إذا لم يكن استحلاله عن الشبهه والجهل بحرمته، كما إذا كان جديد الإسلام يحكم بارتداده فيجرى عليه حكم المرتد ملياً أو فطريّاً، وأمّا إذا احتمل فى حقه الجهل والشبهه فلا يقام عليه الحدّ.

ويستدلّ على ما ذهب إليه الشيخ والمفيد واتباعه ما ارسله المفيد قدس سره فى الارشاد، قال: روت العامه والخاصه أنّ قدامه بن مظعون شرب الخمر فأراد عمر أن يحدّه، فقال: «لا يجب علىّ الحدّ أنّ اللّه يقول: «لَيْسَ عَلَى الَّذينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحاتِ جِنَاحٌ فِيما طَعِمُوا إذا مَا اتَّقوا وَآمَنُوا»(1)، فدرء عنه عمر الحدّ، فبلغ ذلک أمير المؤمنين عليه السلام فمشى إلى عمر فقال: ليس قدامه من أهل هذه الآيه ولا من سلک

1- (1) المائده: 93.

....

الشَرح:

سبيله فى ارتكاب ما حرم اللّه، انّ الذين آمنوا وعملوا الصالحات لا يستحلّون حراماً، فاردد قدامه فاستتبه ممّا قال، فان تاب فاقم عليه الحدّ وان لم يتب فاقتله، فقد خرج عن الملّه فاستيقظ عمر لذلک، وعرف قدامه الخبر فاظهر التوبه والاقلاع فدرأ عنه القتل ولم يدر كيف يحدّه الحديث»(1).

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان قال أبو عبداللّه عليه السلام : «الحدّ فى الخمر أن يشرب منها قليلاً أوكثيراً، ثم قال: أتى عمر بقدامه بن مظعون وقد شرب الخمر وقامت عليه البيّنه، فسأل علياً عليه السلام فأمره ان يجلد ثمانين، فقال قدامه: يا أمير المؤمنين ليس علىَّ حدّ أنا من أهل هذه الآيه: «وَلَيْسَ عَلَى الذَّينَ آمَنُوا وَعَمِلوُوا الصَّالِحاتِ جِنَاحٌ فيِما طَعِمُوا»، فقال عليه السلام «لست من أهلها إنّ طعام أهلها لهم حلال ليس يأكلون ولا يشربون إلاّ ما أحل اللّه لهم، ثم قال: إنّ الشارب إذا شرب لم يدر ما يأكل ويشرب فاجلدوه ثمانين جلده»(2).

ولا دلاله للصحيحه على استحلاله شرب الخمر بل ظاهرها دعوى قدامه عدم وجوب الحدّ عليه بشربه الخمر لكونه مؤمناً وله سابقه اعمال صالحه، فارتكابه الشرب المحرم أو اكله المحرم لا يوجب الحدّ عليه، وهذا ليس من الانكار الضرورى.

وأمّا المرسله فلضعفها بالارسال لا تصلح لرفع اليد عمّا دلّ على حكم المرتد من الملّى أو الفطرى، ويحتمل ايضاً أنّ ارتداده، كان ملياً، ولذا أمر بالاستتابه حيث كان يعلم بحرمه شرب الخمر للكلّ بعدإسلامه، ومع ذلک أنكر

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد المسكر، الحديث 1: 465.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المسكر، الحديث 5: 497.

وأمّا سائر المسكرات فلا يقتل مستحلها لتحقق الخلاف بين المسلمين فيها[1]، ويقام الحدّ مع شربها، مستحلاً أو محرّماً.

الشَرح:

حرمه شربه على مثله، وعلى الجمله ما تضمنته المرسله فضيه شخصيه يحتمل كون الحكم فيها على طبق حكم الأرتداد الملّى.

[1] مراده قدس سره أنّ حرمه غير الخمر من المسكرات غير ضرورى من الدين فلا يكون استحلالها موجباً للكفر، ولذا يقام عليه الحدّ، سواء شرب غير الخمر من المسكر مستحلاً أو محرماً، وقد صرح المسالک بأنّ الانكار الموجب للكفر يختصّ بانكار ما انعقد على ثبوته اجماع علماء الأُمه، فيكون ثبوته ضرورياً، وهذا منتف فى حرمه غير الخمر من سائر المسكرات.

وفى كلام بعض الأصحاب أنّه لو شرب الحنفى النبيذ المسكر وإن قلّ يحدّ ولو مع استحلاله شربه، لأنّ النصوص قد دلت على أنّ شارب المسكر يحدّ، والفرق بينه وبين الحربى أنّ الحربى غير المسلم بخلاف الحنفى.

أقول: قد تقدّم فى بحث نجاسه الكافر كون انكار الضرورى من الدين موجباً للكفر لاستلزامه تكذيب النبى صلى الله عليه و آله ، وإاذا علم منكر غيره ايضاً أنّ الحكم المزبور صادر عن النبى صلى الله عليه و آله ومع ذلک أنكره يحكم بكفره.

نعم، الفرق بين ضرورى الدين وغيره أنّ دعوى الجهل فيه لا تسمع ممّن لا يمكن فى حقه الجهل عاده لكونه عاش بين المسلمين برهه من الزمان، بخلاف غير الضرورى فانّه يمكن عاده الجهل به، فمع إحتمال الجهل فى حق مدعيه لا يجرى عليه الحدّ مع عدم العلم بالخلاف.

وعلى ذلک، فالاطلاق فى عباره الماتن من أنّه يقام الحد على متناول سائر المسكرات مستحلاً أو محرماً لا يخلو عن الاشكال، فانّ المستحلّ إذا كان يعلم

حكم من باع الخمر مستحلاً

الثالثه: من باع الخمر مستحلاً يستتاب، فان تاب وإلاّ قتل[1]، وان لم يكن مستحلاً عزر، وما سواه لا يقتل وان لم يتب بل يؤدّب.

الشَرح:

بأنّ حرمه غير الخمر من النبيذ المسكر من قول رسول اللّه صلى الله عليه و آله يكون استحلاله انكاراً لقول النبى صلى الله عليه و آله فيحكم بكفره، كما أنّ استحلاله لو كان للاعتقاد بحليته والغفله عن حرمته لا يحزى عليه الحدّ، فانّه إذا لم يكن على الجاهل بحرمه شرب الخمر حدّ فكيف يثبت الحدّ للجاهل والمعتقد بالحليه فى سائر المسكرات، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى صحيحه عبدالصمد بن بشير: «ايما أمرء ارتكب امراً بجهاله فلا شىء عليه»(1).

وقوله عليه السلام فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لو أنّ رجلاً دخل فى الإسلام وأقرّ به ثم شرب الخمر وزنى وأكل الربا ولم يتبين له شىء من الحلال والحرام لم أقم عليه الحدّ إذا كان جاهلاً إلاّ ان تقوم البيّنه أنّه قرأ السوره التى فيها الزنا والخمر وأكل الربا وإذا جهل ذلک اعلمته واخبرته، فان ركبه بعد ذلک جلدته وأقمت عليه الحدّ»(2).

نعم، لا يبعد الالتزام باقامه الحدّ على الجاهل المقصر وغير المبالى بشرب المسكر حتّى لو كان عالماً بحرمته، كما يستظهر ذلک ممّا ورد فى ذيل صحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمه من قوله عليه السلام : «ان الشارب إذا شرب ولم يدر ما يأكل ولا يشرب فاجلدوه ثمانين جلده».

[1] ولعلّ الفرق بين شرب الخمر مستحلاً حيث قوى فيه الحكم بالارتداد وبين بيعها مستحلاً لبيعها، أنّ حرمه شربها من ضروريات الدين بخلاف حرمه

1- (1) الوسائل: 9، الباب 45 من أبواب حد تروک الاحرام.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 323.

سقوط الحد عن شارب الخمر بالتوبه قبل قيام البينه

الرابعه: إذا تاب قيل قيام البيّنه سقط الحدّ، وان تاب بعدها لم يسقط، ولو كان ثبوت الحدّ باقراره كان الامام مخيّراً بين حدّه وعفوه، ومنهم من منع من التخيير وحتم الاستيفاء هنا، وهو اظهر[1].

الشَرح:

بيعها، ولذا يستتاب من بيعها والاستحلال فان تاب فهو وإلاّ يقتل، وأمّا إذا لم يكن مستحلاً لبيعها يعزر على بيعها كالتعزير على ارتكاب سائر المحرمات، هذا بالاضافه إلى بيع الخمر، وأمّا بيع سائر المسكرات فلا يقتل مستحل بيعها وان لم يتب عن استحلاله بل يؤدب أى يعزر.

وعلى الجمله إذا كان مستحلاً لبيع الخمر مع إعلام حرمه بيعها عند المسلمين يكون استحلاله بيعها تكذيباً للنبى صلى الله عليه و آله ، بخلاف حرمه بيع سائر المسكرات، فانّ حرمه بيعها خلافى ولو من العامه، فلا يكون استحلال بيعها بعد إعلامه تكذيباً للنبى صلى الله عليه و آله ، غايته تكذيبه الأئمه، وهذا لا يوجب الكفر.

ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ شرب الخمر من ضروريات الدين وانكار الضرورى من الدين ان كان موجباً للكفر نفسه فلا يجرى ذلک فى بيع الخمر، فانّ حرمه بيعها من المسلمات من الدين لا من ضروريات الدين، فلا يوجب استحلاله الكفر، وان كان انكار الضرورى كفراً لاستلزامه تكذيب النبى صلى الله عليه و آله فلا يجرى ذلک فى المسلمات إذا لم يعتقد المستحل لبيعها بكون الحكم المزبور من النبى صلى الله عليه و آله ، ولو اعتقد بكونه من النبى ومع ذلک أنكره يكون ذلک تكذيباً للنبى حتّى فيما إذا لم يكن الحكم من المسلمات عند عامه الناس.

[1] قد تقدّم الكلام فيما ذكروا من أن المرتكب إذا تاب قبل قيام البينه بارتكابه سقط عنه الحدّ وان تاب بعد قيامها لم يسقط، وعلى ما ذكر فتوبه الشارب قبل قيام البينه بشربه وتوبته بعد قيامها بشربه من صغريات تلک الكبرى.

تتمه فی بیان مسائل ثلاث

تتمه تشتمل علی مسائل:

الاولی: من استحل شیئاً من المحرمات المجمع علیها، کالمیته والدم والربا

الشَرح:

وقد تقدّم ایضاً أنّه إذا قامت البینه بالارتکاب فلیس للحاکم خیار العفو، وأمّا إذا کان ثبوت الارتکاب بالاقرار، فللحاکم العفو عن المرتکب، وقال بعض الاصحاب: أنّ الشرب إذا ثبت باعتراف الشارب فلیس للحاکم العفو بل علیه اقامه الحدّ علی الشارب، وذکر الماتن أنّ هذا هو الاظهر، ولعلّه لاختصاص ما ورد فی العفو بالرجم وقطع الید، ولا یجری فی موارد کون الحدّ جلداً کما فی المقام.

ولکن لا یخفی أنّ للحاکم العفو فی جمیع الحدود إذا کان ثبوت الارتکاب بالاقرار، سواء کان الحدّ رجماً أو قطعاً أو جلداً، کما هو المستفاد من صحیحه ضریس الکناسی، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا یعفی من الحدود التی للّه دون الإمام، فامّا ما کان من حق الناس فی حدّ فلا بأس بأن یعفو عنه دون الإمام(1).

فانّ ظاهرها أنّ الحدّ الذی یکون من حقوق الناس ولغیر الإمام ایضاً العفو عنه یکون العفو عنه فی حقوق اللّه للإمام، وإذا انضم إلی ذلک جواب علی علیه السلام من اعتراض الاشعث: أتعطّل حدّاً من حدود اللّه فقال: «ما یدریک ما هذا إذا قامت البینه فلیس للإمام أن یعفو وإذا أقرّ الرجل علی نفسه فذاک الی الإمام ان شاء عفا وان شاء قطع»(2).

یکون المستفاد نفوذ عفوه فی حدود اللّه إذا کان الثبوت بالاقرار، وذکر القطع لکون الحدّ فی المورد قطعاً لا لاختصاص نفوذ عفوه بالقطع.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب مقدمات الحدود، الحدیث 1: 331.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 331.

ولحم الخنزير، ممن ولد على الفطره يقتل[1]، ولو ارتكب ذلک لا مستحلاً عزّر.

الثانيه: من قتله الحدّ أو التعزير فلا ديه له[2]، قيل: تجب على بيت المال، والأوّل مرويّ.

الشَرح:

[1] استحلال شیء من المحرمات التی تکون حرمتها من المتسالم علیه بین علماء الإسلام، کالمحرمات الوارده فی الکتاب المجید یوجب ارتداد المستحل، فاذا کان مولوداً علی الفطره بأنّ کان أبواه أو أحدهما مسلماً یقتل بارتداده بالاستحلال، وان لم یکن مولوداً علی الفطره یستتاب فان تاب فهو وإلاّ یقتل.

وهذا ظاهر کلام الماتن بالاضافه إلی الاستحلال من المحرمات المزبوره فان التقیید فی کلامه ممّن ولد علی الفطره یقتضی ذلک، وأمّا بالاضافه إلی غیر المستحل فالثابت علی المرتکب هو التعزیر.

قد تقدمّ أنّ الاستحلال بنفسه لا یوجب الکفر، ولابُدّ فی ایجابه الکفر الانکار وتکذیب النبی صلی الله علیه و آله .

[2] علی المشهور بین الأصحاب، بلا فرق بین کون الحدّ للّه سبحانه أو من حقوق الناس، ویشهد لذلک مثل صحیحه أبی الصباح الکنانی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: سألته عن رجل قتله القصاص له دیه، فقال: «لو کان ذلک لم یقتصّ من أحد وقال: من قتله الحدّ فلا دیه له»(1)، وصحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «أیّما رجل قتله الحدّ أو القصاص فلا دیه له»(2)، إلی غیر ذلک.

وفی محکی المبسوط أنّ ذلک فی حقوق اللّه سبحانه، وأمّا فی حقوق الناس فیکون دیته علی بیت المال، وفی المبسوط ایضاً من مات بالتعزیر ففی بیت المال

1- (1) الوسائل: 19، الباب 24 من أبواب قصاص النفس، الحدیث 1: 46.
2- (2) الوسائل: 19، الباب 24 من أبواب قصاص النفس، الحدیث 9: 47.

الثالثه: لو اقام الحاكم الحدّ بالقتل فبان فسوق الشاهدين، كانت الديه فى بيت المال[1] ولا يضمنها الحاكم ولا عاقلته، ولو أنفذ الحاكم الى حامل لاقامه حدّ فاجهضت خوفاً، قال الشيخ: ديه الجنين فى بيت المال، وهو قوى، لانه خطأ وخطأ الحاكم فى بيت المال، وقيل: يكون على عاقله الامام، وهى قضيه عمر مع على عليه السلام .

الشَرح:

المسلمين لأنّ التعزير ليس حدّاً.

ويستدلّ على ذلک بروايه الحسن بن صالح الثورى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سمعته يقول: «من ضربناه حدّاً من حدود اللّه فمات فلا ديه له علينا، ومن ضربناه حدّاً من حدود الناس فمات فديه علينا»(1).

وفيه مضافاً إلى ضعفها سنداً، إنّ دلالتها على ما ذكر مبنيه على كون الضمان على الإمام ليكون مقتضياً لثبوت الضمان على بيت المال، ومقتضى مناسبه الحكم والموضوع عدم الفرق فى نفى الديه بين كون القتل بالحدّ أو بالتعزير فيما إذا لم يكن التعدّى فى اجرائهما.

[1] على المشهور بين الأصحاب، بل لم يحک الخلاف إلاّ عن ظاهر الحلبى، ويشهد له ما فى موثقه أبى مريم الأنصارى، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام ما أخطأت به القضاه فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين».

فلا يجرى عند خطأه فى الحكم الموجب للقتل حكم القتل بالخطأ المحض ليكون الديه على عاقلته، ولا شبه العمد لتكون فى ماله وبيت مال المسلمين معدّ للصّرف فى مصالح المسلمين والقضاء وتدارک خطأ القاضى بموازين القضاء على تقديره منها.

1- (1) الوسائل: 19، الباب 24 من أبواب قصاص النفس، الحديث 3: 46.

....

الشَرح:

ثم إن الماتن قدس سره تعرّض لبعض صغريات خطأ القاضى، منها ما تقدّم فى حدّ الزانى والزانيه انّ الحدّ لا يقام على حامل حتّى تضع حملها وبرئت من نفاسها، ولو أخطأ القاضى لعدم علمه بكون المرأه حاملاً فأرسل إليها من يقيم الحدّ عليها، فأسقطت المرأه من روعتها حملها يكون ديه الجنين على بيت مال المسلمين كما ذكر الشيخ قدس سره ، بل نسبه فى المسالک إلى الأكثر، وعن ابن ادريس ديه الجنين تكون على عاقله الحاكم.

ويستدلّ على ذلک بما فعله عمر فى ارساله من يقيم الحدّ إلى امرأه حامل لاقامته عليها، وقول على عليه السلام فيه، ففى روايه يعقوب بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «كانت امرأه توتى فبلغ ذلک عمر فبعث إليها فروّعها وأمر ان يجاء بها إليه ففزعت المرأه فأخذها الطلق فذهبت إلى بعض الدّور فولدت غلاماً فاستهل الغلام ثم مات، فدخل عليه من روعه المرأه ومن موت الغلام ما شاء اللّه، فقال له بعض جلسائه: يا أمير المؤمنين ما عليک من هذا شىء، وقال بعضهم: وما هذا، قال: سئلوا أبا الحسن عليه السلام ، فقال لهم أبو الحسن عليه السلام : لئن كنتم اجتهدتهم ما اصبتم ولئن كنتم برأيكم قلتم لقد أخطأتم، ثم قال: عليک ديه الصبى»(1).

ولكن الروايه موردها قضيه خاصه فيها إحتمل الخصوصيه كما لا يخفى على اهله، مع أنّه قوله عليه السلام : «عليک ديه الصبى»، لا تدلّ على أداء الديه من ماله أو عاقلته، فيحتمل ادائها من بيت المال.

نعم، على روايه الارشاد فقال على عليه السلام : «الديه على عاقلتک لأنّ قتل الصبى

1- (1) الوسائل: 19، الباب 30 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 1: 200.

ولو أمر الحاكم بضرب المحدود زياده عن الحدّ فمات فعليه نصف الديه فى ماله ان لم يعلم الحداد لانّه شبه العمد[1]، ولو كان سهواً فالنصف على بيت مال المسلمين، ولو أمر بالاقتصار على الحدّ فزاد الحدّاد عمداً فالنصف على الحدّاد فى ماله، ولو زاد سهواً فالديه على عاقلته، وفيه احتمال آخر.

الشَرح:

خطأ تعلّق بک» ولكن ما فى الارشاد مرسله، وعلى تقدير ثبوت النقل لا يضرّ بما عليه المشهور، لأنّ حكمهم فيما كان التصدى للحكم وإقامه الحدّ ممّن هو أهله.

[1] إذا استند موت الشخص من فاعل الى فعلين أحدهما جائز والآخر غير جائز، فان كان الفاعل يريد قتله بهما فعليه القود، فان اراد ولى المقتول القصاص عنه يدفع الى اوليائه نصف الديه، لجواز أحد لفعلين بل وجوبه، وإلاّ أخذ من الفاعل نصف ديه ميتهم.

وأمّا إذا لم يرد الفاعل موته ولم يكن السبب بكلا جزئيه ممّا يقتل الشخص عاده، ولكن اتّفق موته بهما ولو بالسرايه يؤخذ من الفاعل نصف الديه، لأنّ موته بالاضافه الى السبب من قبيل شبه العمد، على ما يأتى بيانه تفصيلاً فى كتاب القصاص والديات ان شاء اللّه تعالى، والحال فى أمر الحاكم الحدّاد بضرب المحدود، كذلک إذا لم يعلم الحدّاد الحال، فانّه مع جهله يستند موته الى الحاكم.

نعم، لو كان امره بالزياده سهواً منه، كماإذا نسى أنّ المحدود شارب الخمر واعتقد انّه الزانى فأمره بضربه مائه فمات بضربها فالديه على بيت المال، لما تقدّم من أنّ خطأه يتدارک من بيت المال، وهذا ايضاً مع جهل الحداد بالحال وإلاّ لم يجز ضرب الزياده فانّ ضرب الزياده ضمن هو، لأنّ القتل مع التفات المباشر وعلمه بالحال يستند إليه.

ولكن لا يخفى المناقشه فى الحكم المزبور بأنّ تمام الديه يكون على

....

الشَرح:

الحاكم مع فرض جهل الحداد، ومع علمه بالحال يكون تمامها عليه لأنّ تقسيط الديه الى فعلين انما هو مع تعدد الفاعل والجانى لا فى صوره تعدّده مع وحده الفاعل، حيث انّ الموت دائماً يستند الى الزياده كما هو المفروض فى المقام.

وما ذكر قدس سره فى آخر كلامه: وفيه احتمال آخر، يمكن تفسيره بوجهين:

أحدهما: ما اشرنا إليه من أنّ الموت حيث يستند الى الموجب الاخير مع وحده الفاعل فيحتمل كون تمام الديه على الحداد أو عاقلته.

وثانيهما: أنّه يقسط الديه على عدد الاسواط فيثبت منها بحسب زياده الاسواط التى حصل معها الموت، فاذا ضربه مائه سوط مع استحقاقه ثمانين يتعلّق بالحداد أو عاقلته عشرون سهماً من سهام الديه التى يفرض مائه سهم، وقد ظهر مما تقدّم عدم وجه صحيح لهذا الاحتمال، واللّه العالم.

ص :274

شروط السارق

فى حدّ السرقه، والكلام فى السارق والمسروق والحجّه والحدّ واللواحق.

الاول: فى السارق ويشترط فى وجوب الحدّ عليه شروط:

الاول: البلوغ[1]، فلو سرق الطفل لم يحدّ ويؤدّب ولو تكرّرت سرقته، وفى النهايه: يعفى عنه اوّلاً، فان عاد أدب، وان عاد حكت انامله حتى تدمى، فان عاد قطعت انامله، فان عاد قطعت كما يقطع الرجل، وبهذا روايات.

الشَرح:

[1] الكلام فى المقام يقع فى شرائط السارق فى تعلّق الحدّ به، وما يعتبر فى المال المسروق، وما يثبت به السرقه، وبيان حدّها واللواحق.

أمّا شرائط السارق، فمنها: البلوغ فلا يحدّ الصبى بسرقته بالحدّ المتعلّق بالبالغ، فانّه مقتضى رفع القلم والحدّ عن الصبى، نعم يؤدّب كما فى ارتكابه سائر القبائح، حتّى إذا تكررت سرقته بعد تأديبه أولاً، ولكن عن نهايه الشيخ قدس سره أنّه يعفى عنه أولاً، فانّ عاد أدب، فان عاد حكّت أنامله حتّى تدمى، فان عاد قطعت أنامله، فان عاد قطع كما يقطع البالغ، وذكر الماتن قدس سره : وبهذا روايات.

أقول: ما ورد فى سرقه الصبيان، منها صحيحه عبداللّه بن سنان، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الصبى يسرق، قال: «يعفى عنه مرّه ومرتين ويعزر فى الثالثه، فانّ عاد قطعت أطراف أصابعه، فان عاد قطع أسفل من ذلک»(1).

وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال: «إذا سرق الصبى عفى عنه، فانّ عاد عزر، فان عاد قطع أطراف الأصابع، فان عاد قطع اسفل من ذلک»(2).

ومقتضى الجمع بينهما حمل التعزير فى الصحيحه الثانيه بكون العود فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 522.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 523.

....

الشَرح:

المره الثانيه، حيث إنّ ظاهر الاولى كون المره والمرتين قيد للسرقه، وأنّه يعفى عن الصبى فيهما ويعزر فى الثالثه.

وقد ورد العفو بمرتين فى صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام ، قال: سألته عن الصبى يسرق، فقال: «إذا سرق مرّه وهو صغير عفى عنه، فانّ عاد عفى عنه، فان عاد قطع بنانه، وان عاد قطع أسفل من ذلک»(1).

ويمكن تقييد إطلاق قطع بنانه فى هذه الصحيحه بما فى صحيحه عبداللّه بن سنان بكونه مسبوقاً بالتعزير فى المره الثالثه، ولكن فى صحيحه عبداللّه بن سنان الاخرى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الصبى يسرق، قال: «يعفى عنه مرّه فان عاد قطعت أنامله أو حكّت حتّى تدمى، فان عاد قطعت اصابعه، فان عاد قطع أسفل من ذلک»(2).

فانّه، وإنّ يمكن تقييد هذه بما فى الصحيحه الاولى وصحيحه محمّد بن مسلم من العفو بمرّه أخرى ايضاً، ولكن ظاهرها حكّ الأنامل حتّى تدمى أو قطعها بعد العفو بمرّه ومرتين، وعليه يرفع اليد عن إطلاق صحيحه عبداللّه بن سنان الأولى فى تعيين التعزير فى المرتبه الثالثه، بحملها على التخيير بين التعزير وحكّ اطراف الأصابع حتّى تدمى أو قطع الأنامل أو أطرافها، فيكون التخيير فى المره الثالثه بين الامور الأربعه من التعزير وحكّ أطراف الأصابع حتّى تدمى أو قطع الأنامل أو قطع اطرافها.

ويشهد لكون قطع الأنامل فى المره الثالثه موثقه إسحاق بن عمار، عن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 523.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه، الحديث 7: 524.

....

الشَرح:

أبى الحسن عليه السلام ، قال: قلت: الصبى يسرق، قال: «يعفا عنه مرتين، فان عاد الثالثه قطعت أنامله، فان عاد قطع المفصل الثانى، فان عاد المفصل الثالث وتركت راحته وابهامه»(1).

والمتحصل، يكون مقتضى الجمع بين الروايات المتقدمّه الالتزام بالعفو مرتين، وأنّه يتخير فى الثالثه بين الامور الأربعه حكّ الاصابع والتعزير وقطع الأنامل وقطع اطرافها، وأنّه يتعين فى المره الرابعه قطع الاصابع من المفصل الثانى، وفى المره الخامسه جريان تمام الحدّ.

ولكن فى صحيحه محمّد بن مسلم الاخرى أنّ قطع الأنامل أو حكّها حتّى تدمى، كذلک قطع المفصل الثانى فيما إذا كانت سرقته بعد كمال سبع سنين، وأنّ جريان تمام الحدّ فيما إذا كانت سرقته بعد كمال تسع سنين، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبى يسرق، فقال: «إن كان له سبع سنين أو أقلّ رفع عنه، فإنّ عاد بعد سبع سنين قطعت بنانه أو حكّت حتّى تدمى، فإنّ عاد قطع أسفل من بنانه، فإنّ عاد بعد ذلک وقد بلغ تسع سنين قطع يده ولا يضيّع حدّ من حدود اللّه»(2).

ويقال: انّه بهذه الصحيحه ترفع اليد عن اطلاق مثل موثقه اسحاق بن عمار الدّاله على قطع الأنامل والمفصل الثانى، وتمام الحدّ فى المرّه الثالثه والرابعه والخامسه، حيث انّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الطفل فى السابعه والتاسعه ام لا.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه، الحديث 15: 526.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه، الحديث 12: 525.

الثانى: العقل، فلا يقطع المجنون[1] ويؤدّب وان تكرّرت منه.

الشَرح:

هذا، ولكن النسبه بين الموثقه وهذه الصحيحه العموم من وجه، لدلاله الموثقه على العفو فى المره الثانيه، سواء كانت قبل سبع سنين أو بعده، والصحيحه داله على قطع أنامله أو حكّها حتّى تدمى بعد سبع سنين، سواء كانت سرقته المره الثانيه أو الثالثه، فلا تعارض بينهما إذا كانت المره الثانيه قبل اكمال سبع سنين، كما أنّه لا تعارض بينهما إذا كانت المره الثالثه عوداً الى السرقه بعد اكمال سبع سنين.

ويتعارضان فيما كانت المره الثانيه بعد اكمال سبع سنين، حيث إنّ الموثقه تقتضى العفو ومقتضى الصحيحه قطع انامله أو حكّها، كما تتعارضان فيما كانت المرّه الثالثه قبل إكمال سبع سنين، فانّ مقتضى الموثقه قطع أنامله ومقتضى الصحيحه العفو عنها لكونها قبل سبع سنين، فيتساقطان فى مورد تعارضهما فيرجع الى عموم رفع القلم عن الصبى، وانّه لا يجرى عليه الحدود، فالنتيجه عدم الأمر بقطع الأنامل والحك فى المره الثانيه أو حتّى فى الثالثه إذا كانت قبل اكمال سبع سنين.

ويبقى مع ذلک فى النفس شىء وهو إنّ ظاهر ذيل صحيحه محمّد بن مسلم جريان الحدّ واقامته على الصبى بعد اكماله تسع سنين ولا يختص الجريان بحدّ السرقه بل يجرى عليه جميع الحدود، فتكون الصحيحه من قبيل ما دلّ على بلوغ الصبى فى تسع سنين، ولذا يشكل الاعتماد عليها، واختلاف الروايات الوارده فى المقام يعطى حملها على ما يقتضيه نظر الحاكم فى ردعه وأدبه بالتعزير والادماء، بل وقطع لحم اصابعه.

[1] إذا سرق المجنون حال جنونه لم يقطع لرفع القلم عن المجنون ولا يتعلّق به الحد، سواء كان جنونه أدوارياً أو مطبقاً.

الثالث: ارتفاع الشبهه[1]، فلو توهّم الملک فبان غير مالک لم يقطع، ولذا لو كان المال مشتركاً فاخذ ما يظن انّه قدر نصيبه.

الشَرح:

نعم إذا سرق حال عقله ثم جنّ يبعد القول باقامه الحد عليه، نظير ما تقدّم إذا زنى حال عقله ثم صار مجنوناً، حيث إنّ الارتكاب قد وقع حال تكليفه واجراء الحدّ عليه من وظيفه الحاكم، فوجوب اقامته عليه لا ينافى رفع القلم عن المحدود حال اقامته.

وكيف كان فيؤدّب المجنون بما يرتدع عنه عن السرقه، إذا كان بحيث يمكن ان يرتدع بالتاديب.

ويمكن استفاده ذلک ممّا ورد فى سرقه الصبى حتّى إذا توقف ارتداعه بقطع أنامله جاز ذلک، بل لزم تحفظاً على نظم البلاد وأمنها.

[1] ويدلّ على اعتبار ارتفاعها قوله عليه السلام فى صحيحه عبدالصمد بن بشير المتقدمه، من قوله عليه السلام : «أىّ امرء ارتكب شيئاً بجهاله فلا شىء عليه»، بل لا يحتاج نفى الحدّ عن المعتقد بأنّ المال ملكه وأنّ له تخليصه ممّن بيده الى الدليل على نفى الحدّ، حيث لا يصدق عليه عنوان السارق، كذلک ما إذا كان مالكاً أو مستحقّاً من المال الذى أخذ منه ما يعتقد أنّه بمقدار حصته أو استحقاقه.

ومن ذلک أخذ المستحقّ من الغيمه أو من بيت مال المسلمين ما يظنّ انّه مقدار استحقاقه، وهذا ايضاً مقتضى الجمع بين الروايات ، كصحيحه محمّد بن ابن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال فى رجل أخذ بيضه من المغنم فقالوا: قد سرق اقطعه، فقال: لم اقطع أخذاً له فيما أخذ شرک»(1).

وصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قلت: رجل سرق من

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 519.

....

الشَرح:

المغنم أيشن الذى يجب عليه أيقطع، قال: «ينظركم نصيبه فان كان الذى أخذ أقل من نصيبه عزّر ودفع اليه الإمام تمام ماله، وان كان أخذ مثل الذى له فلا شىء عليه، وان كان أخذ فضلاً بقدر ثمن مجنّ وهو ربع الدينار قطع»(1).

قريب منها روايته عن أبى عبداللّه عليه السلام ، فيحمل نفى القطع فى صحيحه محمّد بن قيس على ما كان المأخوذ أقلّ أو بقدر حصّته، وحيث انّه لا يعلم مقدار الحصه فى مثل المغنم عاده يكون الملاک فى مقدار حصته أو الأقل ظن الآخذ، وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن البيضه التى قطع فيها أمير المؤمنين عليه السلام قال: كانت بيضه حديد سرقها رجل من المغنم فقطه»(2)، ولكن يفرض فيها كون الآخذ كانت له حصّته فى المغنم، بل ظاهر سرقته عدم الحق له فيها.

وأمّا فى روايه يزيد بن عبدالملک عن أبى جعفر وأبى عبداللّه عليهم السلام ، قال: «إذا سرق السارق من البيدر إمام جائر فلا قطع عليه انّما أخذ حقّه وإذا كان من إمام عادل عليه القتل»، فلا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها، وعدم عامل بها، ومعارضتها لما تقدّم، ومخالفتها للكتاب المجيد، فان حدّ السارق فيه قطع اليد لا القتل.

ثمّ إنّ ما تقدّم من الروايات، وان كانت وارده فى السرقه من المغنم، إلاّ أن تعليل الحكم فى روايه مسمع بن عبدالملک، والكبرى الكلّيه الوارده فى جواب على عليه السلام فى صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه، مقتضاهما عدم الفرق بين السرقه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 519.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 24 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 518.

الرابع: ارتفاع الشركه، فلو سرق من مال الغيمه ففيه روايتان[1]، احدهما لا يقطع، والأخرى ان زاد ما سرقه عن نصيبه بقدر النصاب قطع، والتفصيل حسن، ولو سرق من المال المشترک قدر نصيبه لم يقطع، ولو زاد بقدر النصاب قطع.

الخامس: ان يهتک الحرز، منفرداً كان أو مشاركاً[2]، فلو هتک غيره وأخرج هو لم يقطع.

الشَرح:

من المغنم والزكاه والخمس ونحو ذلک، بل عدم الفرق بين أخذ احد الشركاء من المال المشترک بقدر حصّته أو يظن أنّه بقدر حصته وأن لم تحصل بذلک القسمه، فانّ ظاهر الكبرى والتعليل عدم القطع بهذا الأخذ لا حصول القسمه به.

[1] قد تقدّم ما فى هذا الشرط فى التعليقه السابقه.

[2] يعتبر فى تعلّق الحدّ بالسارق أن يهتک الحرز، سواء كان الهتک بانفراده أو بالاشتراک بالمباشره أو بالتسبيب، وان يخرج المتاع من محرزه، سواء كان اخراجه بانفراده أو بالاشتراک وبالمباشره أو بالتسبيب بما يعد كالآله، فلو هتک الحرز غيره وأخرج هو المال لم يقطع أحدهما، ولو تعاونا على هتک الحرز واخراج المال احدهما فالقطع على المخرج خاصه، بلا خلاف فى ذلک كله على ما هو ظاهر كلمات جمله من اصحابنا.

ويستدل على ذلک بصحيحه أبى بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قوم اصطحبوا فى سفر رفقاء، فسرق بعضهم متاع بعض، فقال: «هذا خائن لا يقطع، ولا يتبع بسرقته وخيانته، قيل له: وان سرق من أبيه، فقال: لا يقطع لأنّ ابن الرجل لا يحجب عن الدخول الى منزل أبيه هذا خائن، وكذا ان أخذ من منزل اخيه واخته ان كان يدخل عليهم لا يحجبانه عن الدخول»(1).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 508.

....

الشَرح:

ومعتبره السّكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كلّ مدخل يدخل فيه بغير اذن فسرق منع السارق فلا يقطع فيه، يعنى الحمامات والخانات والارحيه»(1)، وفى معتبره الاخرى: «لا يقطع إلاّ من ثقب بيتاً أو كسر قفلاً»(2).

والمستفاد منه أنّ هتك الحرز اخراج المال منه يوجب تعلّق حدّ السرقه على المخرج، سواء كان اخراجه بالمباشره أو بما يعدّ كالآله للاخراج، كما إذا حمل المتاع فى حرزه على دابه وساقها أو قادها أو حتّى ما إذا سارت الدابه نفسها حتّى خرجت أو ارسل الطائر المعلّم الى الحرز بعد هتكه حتّى عاد بالمال ونحو ذلک.

ويترتب على ذلک انّه لو هتک الحرز أحد واخرج المال آخر فلا يتعلّق الحد باحدهما، أمّا الهاتک فلعدم اخراجه المال واما المخرج لعدم هتكه الحرز، وعن بعض المخالفين تعلّق الحد بالمخرج فانّه لو لا ذلک ليؤخذ هذا النحو من السرقه ذريعه الى سقوط الحدّ كالسفر والزنا فيه ويكون الغرض من السفر الخروج عن الاحصان وهكذا، ولكن لا يخفى أنّ سقوط الحدّ لا يمنع عن التعزير، وبعض التعزير الذى يراه الحاكم مناسباً لردع خيانته ليس بأقلّ تأثير من قطع اليد.

وايضاً لو تعاونا على هتک الحرز واخراج المال أحدهما يتعلّق الحدّ بالمخرج، حيث انّه سرق المال عن حرزه بعد هتكه حرزه.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يتعلّق الحدّ بمن يأخذ المال من الامكنه العامه كالمساجد والخانات والحمامات ونحوها، ولا بالمختلس الذى يأخذ المال لاغفال صاحبه، أو الطرّار الذى يأخذ المال والنقود من كمّ الناس.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 508.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 18 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 508.

....

الشَرح:

وفى معتبره السكونى: «اربعه لا يقطع عليهم: المختلس والغلول ومن سرق من الغنيمه وسرقه الاجير فانها خيانه»(1).

وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ليس على الذى يستلب قطع، وليس على الذى يطرّ الدراهم من ثوب قطع»(2).

وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام بطرّار قد طرّ دراهم من كمّ رجل، قال: ان طرّ من قميصه الاعلى لم اقطعه وان كان طرّ من قميصه السافل قطعته»، وظاهرها أنّ الموجود فى كمّ الثوب الداخل حرز يقطع باخراج الدراهم منه.

بقى في المقام امر، وهو أنّه من بعض الروايات عدم اعتبار الأخذ من الحرز في تعلّق الحد، وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن الرجل يأخذ اللّص يرفعه أو يتركه، قال: «إنّ صفوان بن اميّه كان مضطجعاً فى المسجد الحرام فوضع ردائه وخرج يهريق الماء فوجد ردائه قد سرق حين رجع اليه، فقال: من ذهب بردائى فذهب يطلبه فأخذ صاحبه، فرفعوا الى النبى صلى الله عليه و آله فقال النبى صلى الله عليه و آله : اقطعوا يده، فقال الرجل: تقطع يده من أجل ردائى يا رسول اللّه قال: نعم، قال: فانا اهبه له، فقال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله : فهلاَّ كان هذا من قبل أن ترفعه الىّ، قلت: فالامام بمنزلته إذا رفع اليه، قال: «نعم»(3).

وقد حمل هذه على اخفاء الرداء فى المسجد الحرام بحيث يصدق أنّه فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 503.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 504.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 329.

السادس: ان يخرج المتاع نفسه أو مشاركاً، ويتحقق الاخراج بالمباشره وبالتسبيب، مثل ان يشدّه بحبل ثم يجذبه من خارج، أو يضعه على دابه أو جناح من شأنه العود اليه، ولو أمر صبياً غير مميز باخراجه تعلق بالآمر القطع، لأنّ الصبى كالآله[1].

السابع: أن لا يكون والداً من ولده[2]، ويقطع الولد لو سرق من الوالد، وكذا يقطع الاقارب وكذا الام لو سرقت من الولد.

الشَرح:

محرز، ولا يخفى ما فيه، نعم غايه هذه الصحيحه انّ أخذ مال الغير من المسجد الحرام يوجب تعلّق حدّ السرقه بالآخذ من مالكه، ولا بأس بالالتزام بذلك، لأنّ للمسجد الحرام بعض الأحكام الخاصه فليكن هذا منه.

ويؤيّده ما ورد فى صحيحه عبدالسلام الهروى عن الرضا عليه السلام فى حديث، قلت: بأىّ شىء يبدأ القائم منكم إذا قام؟ قال: «يبدأ ببنى شيبه فيقطع أيدهم لأنّهم سراق بيت اللّه تعالى»(1).

[1] ولو هتك الحرز واخرج المال لا بالمباشره بل بواسطه صبىّ غير مميّز يقطع يده، لأنّ الصبى غير المميّز يعدّ كالآله فى الأخذ.

وبتعبير آخر كلّما استند اخراج المال من حرزه الى شخص بانفراده أو بالمشاركه تعلّق به حدّ السرقه إذا كان هاتكاً لحرزه منفرداً أو مستركاً، وقد تقدم فى معتبره السكونى: «لا يقطع إلاّ من نقّب بيتاً أو كسر قفلاً».

[2] بلا خلاف، بل ادعى عليه الاجماع، ويشهد لذلك ما فى صحيحه محمّد بن مسلم الوارده فى قذف الوالد ولده، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل

1- (1) الوسائل:9، الباب 22 من أبواب مقدمات الطواف، الحديث13.

اشتراط الأخذ سراً

الثامن: أن يأخذه سراً، فلو هتک الحرز قهراً وظاهراً وأخذ لم يقطع[1].

الشَرح:

يقذف ابنه بالزنا، قال: «لو ما قتل به وان قذفه لم يجلد له»(1) فانّ مقتضاها عدم تعلّق القصاص والجلد بالوالد لولده.

ويمكن الاستدلال على ذلک بما ورد من أنّ الولد وماله لأبيه، بمعنى انّ الوالد لا يؤخذ بالتعزير بسبب مال ولده، ومقتضى هذا وما قبله عدم الفرق بين الأب ولجد للأب وان علا.

وهذا بخلاف ما إذا سرق الولد من الأب فانّه يقطع إذا حصل سائر الشرائط، كما إذا كسر قفل المحرز وأخذ المال منه بخلاف المتاع الموضوع فى البيت للوالد، فانّه يدخل فيه الولد بلا اذن.

وكذا يقطع فى سرقه سائر الاقارب حتّى الام إذا سرقت من ولدها المال من حرزه، لاطلاق ما دلّ على أنّ من هتک الحرز واخرج المال منه يقطع، كما هو مقتضى الآيه المباركه بعد تقييدها بما تقدّم من الامور المعتبره وغيرها مما يأتى، سواء كان من الاقارب أم لا.

[1] ويدلّ على ذلک ما ورد فى الدغاره المعلنه والمختلس علانيه، كصحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل اختلس ثوباً من السوق، فقالوا: قد سرق هذا الرجل، فقال: انّى لا اقطع فى الدغّاره المعلنه، ولكن اقطع من يأخذ ثم يخفى»(2).

وموثقه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام قال: سمعته يقول: «قال أمير المؤمنين عليه السلام :

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد القذف، الحديث 1: 447.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 503.

وكذا المستأمن لو خان، ويقطع الذمى كالمسلم[1]، والمملوک مع قيام البينه، وحكم الانثى فى ذلک كلّه حكم الذكر.

الشَرح:

لا أقطع فى الدغاره المعلنه وهى الخلسه ولكن اعزّره»(1)، ونحوهما غيرهما.

والدغاره المعلنه هو الاختلاس وسلب الناس أموالهم علناً، فانّه إذا لم يدخل فى عنوان المحارب لا يقطع بل يعزّر.

ويمكن الاستدلال على ذلک بعدم اطلاق السّاق عليه، حيث يطلق السرقه فى موارد الأخذ بالاخفاء، وفى الصحيحه المرويه فى الفقيه باسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام قال: «لا قطع فى الدغاره المعلنه وهى الخلسه ولكن اعزّره، ولكن اقطع من يأخذ ويخفى»(2).

وكذا لا يقطع المستأمن لو خان فى المال الذى بيده، لعدم صدق السارق عليه، لأنّ المال بيده، ولا فرق فى المستأمن بين الورعى وغيره، وفى صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يستأجر أجيراً فيسرق من بيته هل يقطع يده؟ فقال: «هذا مؤتمن ليس بسارق هذا خائن»(3).

وفى موثقه سماعه، قال: سألته عن رجل استأجر اجيراً فأخذ الأجير متاعه فسرقه، فقال: «هو مؤتمن» ثم قال: «الاجير والضيف امناء ليس يقع عليهم حد السرقه»(4)، الى غير ذلک.

[1] يقطع الذّمى الّذى سرق من المسلم كما يقطع يد السارق المسلم، حيث

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 503.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 503.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 506.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 506.

مسائل:

الأولى: لا يقطع الراهن إذا سرق الرهن، وان استحق المرتهن الامساک، ولا المؤجر للعين المستأجره وان كان ممنوعاً من الاستعاده[1]، مع القول بملک المنفعه، لأنّه يتحقق اخراج النصاب من مال المسروق منه حاله الاخراج .

الشَرح:

إنّ الأمر بقطع يد السارق والسارقه يعمّهما، وأمّا إذا سرق من مثله فقد تقدّم جواز ارجاعهما الى حكّامهم، وأمّا إذا سرق العبد فان كان ثبوت سرقته باعترافه لم يقطع، لما تقدّم من أنّ اقراره اعتراف على مولاه فلا يلزم إلاّ بتصديقه، وأمّا إذا ثبت سرقته بالبينه يتعلّق به الحد.

وما يدلّ على تنصيف الحد للملوک فى حقوق اللّه يختص بما إذا كان الحدّ حلداً.

وربّما يقال فى المقام: انّ المسلم إذا سرق من مال كافر حربى أخذ الأمان من المسلمين لم يقطع، ولعلّه لعدم الضمان فى ماله ونفسه وان يحرم اتلاف ماله ونفسه لوجوب الوفاء بالأمان.

[1] غرضه قدس سره أنّه يعتبر فى تعلق حدّ السرقه أن يكون اخراج النصاب من ملک المسروق منه عند الاخراج وفى أخذ الراهن العين المرهونه من عند المرتهن لم يؤخذ النّصاب من مال المسروق منه، لأنّ حق الامساک بالرهن ليس له ماليه، وكذا عدم جواز استعاده العين من يد المستأجر مده الاجاره والمنفعه للعين وان كان لها ماليه، إلاّ ان المنفعه أمر تدريجى غير موجود حال الاخراج.

أقول: التعليل المزبور عليل، فانّ المنفعه هى قابليه العين للانتفاع وهى موجوده فى العين فتؤخذ بأخذ العين وهى ملک للمستأجر بمقتضى فرض الاجاره، وإذا كانت عوضها بقدر النصاب فيصدق أنّه أخذ النصاب من المستأجر

ص :287

الثانيه: لا يقطع عبد الانسان بسرقه ماله[1]، ولا عبد الغنيمه بالسرقه منها، لأنّ فيه زياده اضرار، نعم يؤدب بما يحسم به الجرأه.

الشَرح:

مع كونه ملكاً له.

والعمده فى المقام هو أنّ الاستيلاء أو الاخراج يتعلّق بالعين ابتداء وبتبعه يتعلّق بمنفعتها أو بالحقّ المتعلق بها لا يكون السرقه بالاضافه الى منفعه العين إلاّ مع تحقّق السّرقه بالاضافه الى نفس العين، حيث إنّ السرقه نوع استيلاء بها، وبما أنّ العين المرهونه ملک للراهن والعين المستأجره ملک للمؤجر، فلا يصدق على أخذ الراهن والمستأجر عنوان السرقه، وبتعبير آخر ما ترتّب على عنوان السارق من الحكم والحدّ ظاهره اخراج العين المملوكه للغير، فلا يعمّ اخراج العين المملوكه للخروج.

[1] بلا خلاف يعرف، ويشهد لذلک صحيحه محمّد بن سرق واختان من مال مولاه، قال: «ليس عليه قطع»(1).

ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام : عبدى إذا سرقنى لم اقطعه وعبدى إذا سرق غيرى قطعته، وعبد الاماره إذا سرق لم اقطعه لانّه فىء»(2).

وفى صحيحه محمّد بن قيس الاخرى عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجلين قد سرقا من مال اللّه، أحدهما عبد مال اللّه ولآخر من عرض الناس، فقال: أمّا هذا من مال اللّه ليس عليه شىء مال اللّه أكل بعضه بعضاً، وأمّا الآخر فقدّمه وقطع يده ثم أمر ان يطعم اللحم والسمن حتّى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 526.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 526.

الثالثه: يقطع الاجير إذا احرز المال [1]، وفى روايه لا يقطع، وهى محموله على صوره الاستيمان، وكذا الزوج اذا سرق من زوجته أو الزوجه من زوجها، وفى الضيف قولان، أحدهما لا يقطع مطلقاً، وهو المروى، والآخر يقطع إذا احرز من دونه، وهو اشبه.

الشَرح:

برئت يده»(1).

ولا يخفى أنّ الاطلاق فى معتبره السكونى، وتعليل أنّ عبد الاماره إذا سرق لم اقطعه بانّه فىء هو عدم قطع عبد الغنيمه ولو سرق من عرض الناس، ومقتضى التفصيل فى الصحيحه الثانيه لمحمّد بن قيس هو حمل معتبره السكونى على أنّ كون العبد من المغنم بعض العله فى عدم القطع لا أنّه تمامه.

لا يقال: يمكن الأخذ بكلّ من التعليلين أى كون السارق من مال اللّه واكل بعض مال اللّه بعضه الآخر لا يوجب القطع.

فانه يقال: إذا كان كون العبد فيئاً تمام العله لعدم القطع، فيكون ضم المسروق من مال اللّه اليه من قبيل ضم الحجر الى الانسان، وعلّل عدم القطع فى سرقه العبد من مال مولاه، وفى سرقه عبد الغنيمه من الغنيمه بأنّ فى القطع زياده اضرار، وفيه ما لا يخفى، فانّ مقتضاه أن يثبت القطع على العبد إذا أخذ المال المسروق وردّ على المولى اوفى الغنيمه.

[1] المنسوب الى المشهور أنّ الأجير إذا سرق من مال المستأجر وكان المال فى محرز يقطع، بخلاف ما إذا كان المال تحت يده، فانّه لا يقطع فانّه مؤتمن وذكر الماتن قدس سره : وفى روايه لا يقطع، ولعلّه أراد مثل صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يستأجر أجيراً فيسرق من بيته هل تقطع يده،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 526.

....

الشَرح:

فقال: «هذا مؤتمن ليس بسارق هذا خائن»(1).

ولكن ظاهر الجواب فرض كون البيت ومتاعه تحت يده، نظير ما فى موثقه سماعه، قال: سألته عن رجل استأجر أجيراً متاعه فسرقه، فقال: «هو مؤتمن، ثم قال: الأجير والضيف امناء ليس يقع عليهم حد السرقه»(2).

وعلى الجمله، ظاهر الاستئمان فرض كون المال المأخوذ فى متناول يده.

وممّا ذكر يظهر ما إذا سرق الزوج من زوجته أو بالعكس، فانّه إذا كان المال المأخوذ فى متناول يد الآخر فلا قطع، بخلاف ما إذا كان فى محرز بحيث كسر قفلاً أو فتح الحرز بنحو الهتک، فانّه يقطع أخذ بما دلّ على قطع من هتک الحرز واخرج المال.

نعم، إذا هتكت الزوجه الحرز واخرجت مقدار نفقتها مع امتناع زوجها عن نفقتها فلا قطع، بل لا بأس بذلک مع فرض امتناع الزوج عن نفقتها تقاصاً لمالها على زوجها، بخلاف صوره عدم امتناعه فانّ هتک الحرز واخراج مقدار نفقتها وان كان غير جائز فى هذا الفرض، ولكن لا يبعد الالتزام بعدم القطع اخذاً بما تقدّم من أن الأخذ مما فيه حقه لا يوجب القطع وان لا يخلو عن تأمّل.

وفى صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «الضيف إذا سرق لم يقطع وإذا اضاف الضيف ضيفاً قطع ضيف الضيف»(3)، ووجه التفصيل بين الضيف وضيف الضيف لكون استئمان الضيف من مالک المال فلا يتعلّق به حد

1- (1) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 506.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 14 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 506.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 508.

الرابعه: لو اخرج متاعاً فقال صاحب المنزل: سرقته، وقال المخرج: وهبتنيه أو ادنت فى اخراجه، سقط الحدّ للشبهه[1]، وكذا القول قول صاحب المنزل مع يمينه فى المال، وكذا لو قال: المال لى، وانكر صاحب المنزل، فالقول قوله مع يمينه، ويغرم المخرج، ولا يقطع لمكان الشبهه.

الشَرح:

السرقه بخلاف ضيف الضيف، وقد تقدّم ما فى موثقه سماعه، من أنّ الأجير والضيف امناء وليس عليهم حد السرقه.

[1] أمّا سقوط الحدّ عن المخرج، فلعدم احراز موجب القطع يعنى السرقه، فانّ الاستصحاب فى عدم هبه المال أو عدم الاذن له اخراجه لا يثبت سرقته، لعدم اعتبار الاصل المثبت بل على تقدير اعتباره ايضاً لم يتعلّق به حد السرقه، احرازها بالبينه أو الاعتراف أو علم الحاكم بالعلم الوجدانى.

وممّا ذكر يظهر انّه لو كان المال المخرج موجوداً فلا موضوع للاستصحاب ايضاً بالاضافه الى المال والمتاع للعلم باستحقاق المالک اياه، حيث إنّ دعواه السرقه رجوع فى الهبه أو الاذن فى التصرف على تقديرهما، وانّما يحتاج الى الاستصحاب فيما إذا كان الاختلاف بعد تلفه أو كانت الهبه ممّا لا يجوز الرجوع فيها فيثبت بعد حلفه على عدم الهبه والاذن ضمان المخرج.

وكذا الحال فيما اخرج المال الذى كان بيد صاحب البيت ولو بكونه فى بيته، وقال المخرج: انه ملكه، وقال صاحب البيت: انه سرقه، فانّه لا يثبت الحد، ومقتضى اعتراف المخرج بكون صاحب البيت ذا اليد على المال المزبور كون المخرج مدعياً، ومع عدم ثبوته دعواه يحلف صاحب البيت ويأخذه ومع تلفه يأخذ بدله.

الثانى: فى المسروق:

لا قطع فيما ينقص عن ربع دينار[1]، ويقطع فيما بلغه ذهباً خالصاً مضروباً عليه السكه، أو ما قيمته ربع دينار، ثوباً كان أو فاكهه أو غيره، سواء كان أصله الاباحه أو لم يكن، وضابطه كلّ ما يملكه المسلم[2]، فى الطين وحجاره الرخام روايه بسقوط الحدّ ضعيفه[3].

الشَرح:

[1] المشهور بين الاصحاب أنّ أقلّ ما يقطع فيه يد السارق هو بلوغ المال المسروق ربع دينار، وان الدّينار ما يبلغ ثمانيه عشر حمصه من الذهب المسكوک، والمحكى عن الصدوق قدس سره انّه يقطع فيما بلغ المال المسروق خمس الدينار، والمحكى عن العمانى انّ المسروق إذا بلغ ديناراً قطع.

ولعلّ المنشأ فى ذلک اختلاف الروايات الوارده فى المقام، فانّها على اربع طوائف:

الاولى: ما يدلّ على ما ذهب اليه المشهور من اعتبار بلوغ ربع دينار، كصحيحه محمّد بن مسلم، قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : فى كم يقطع السارق، قال: «فى ربع دينار»، قال: قلت له: فى درهمين، قال: «فى ربع دينار بلغ الدينار ما بلغ»، قال: قلت له: أرأيت من سرق أقل من ربع دينار هل يقع عليه حين سرق إسم السارق وهل هو عنداللّه سارق، فقال: «كل من سرق من مسلم شيئاً قد حواه واحرزه فهو يقع عليه اسم السارق وهو عنداللّه سارق، ولكن لا يقطع إلاّ فى ربع دينار أو اكثر، ولو قطعت ايدى السرّاق فى أقلّ من ربع دينار لألفيت عامه الناس مقطّعين»(1).

وصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا يقطع يد السارق إلاّ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 482.

....

الشَرح:

فی شیء تبلغ قیمته مجنّاً وهو ربع دینار»(1).

وموثقه سماعه بن مهران عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «قطع أمیر المؤمنین علیه السلام فی بیضه، قلت: وما بیضه؟ قال: بیضه قیمتها ربع دینار، قلت: هو أدنی حدّ السارق فسکت»(2) ونحوها غیرها.

والثانیه: ما دلّ علی أنّ مع بلوغ المسروق خمس الدینار یقطع، کصحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «یقطع السارق فی کل شیء بلغ قیمته خمس دینار ان سرق من سوق أو زرع أو ضرع أو غیر ذلک»(3).

وصحیحه محمّد بن مسلم، قال: قال أبو جعفر علیه السلام قال: قال: «ادنی ما یقطع فیه ید السارق خمس دینار والخمس آخر الحد الذی لا یکون القطع فی دونه ویقطع فیه وفیما فوقه»(4).

وصحیحه علی بن جعفر، عن أخیه، قال: سألته عن حدّ ما یقطع فیه السارق، فقال: «قال أمیر المؤمنین علیه السلام علیه بیضه حدید بدرهمین أو ثلاثه(5) حیث ان الدراهمین یساویان خمس دینار، علی ما هو المعروف من أنّ الدینار یساوی عشره دراهم».

والثالثه: موثقه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، قال: «قطع أمیر المؤمنین علیه السلام

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 2: 482.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 4: 483.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 12: 485.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 13: 485.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 22: 487.

....

الشَرح:

رجلاً فی بیضه، قلت: وأیّ بیضه، قال: بیضه حدید قیمتها ثلث دینار، فقلت: ادنی حد السارق فسکت»(1).

موثقه سماعه قال: سألته علی کم یقطع السارق، قال: «ادناه علی ثلث دینار»(2).

والرابعه: صحیحه أبی حمزه، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام فی کم یقطع السارق فجمع بین کفّیه، ثم قال: «فی عددها من الدراهم»(3)، ویحتمل رجوع الضمیر فی عددها الی الکف، فیکون عددها من الدراهم الدراهمین، فتکون من الطائفه الثانیه.

وأمّا روایه ثلث الدینار فلم یلتزم بها أحد من أصحابنا، مع أنّ موثقه أبی بصیر لا تدلّ إلاّ علی قطع أمیر المؤمنین علیه السلام فی السرقه التی کان المال المسروق فیها یساوی ثلث الدینار، لا أنّه حدّ لأقل المال المسروق، نعم موثقه سماعه تدلّ علی ذلک، ولکن مع معارضتها بسائر الروایات ومخالفتها لاطلاق الکتاب المجید الدالّه علی القطع حتّی فی الأقل من ثلث دینار لا یمکن الاعتماد علیها.

ویبقی الکلام فی الطائفتین الاولتین، وقیل: إنّ روایات التحدید بخمس الدینار موافقه للعامه، فتطرح فی مقام المعارضه ویتعیّن الأخذ بما دلّ علی التحدید بالربع.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 10: 485.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 11: 485.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد السرقه، الحدیث 9: 485.

....

الشَرح:

وربما يناقش فى كون التحديد بخمس دينار مذهب العامه أو بعضهم، ويقال: ما دلّ على القطع بخمس الدينار موافق لاطلاق الكتاب المجيد فيؤخذ بها.

ولا يمكن حمل التحديد بخمس الدينار على تحديد الأقلّ المطلق وحمل التحديد بربع الدينار على الأقل بالاضافه، وذلک فانّه مع كونه إلغاءً للتحديد بالربع ينافيه نفى القطع بالخمس فى صحيحه محمّد بن مسلم الاولى، حيث نفى عليه السلام القطع بسرقه درهمين، وتأكيده عدم القطع بأقلّ من ربع الدينار، بقوله عليه السلام : «ولو قطعت ايدى السراق فى أقل من ربع الدينار، لألفيت عامه الناس مقطّعين».

[2] هذا هو المشهور بين أصحابنا، بل لم يحک الخلاف إلاّ عن المخالفين، ويقتضيه الاطلاق فى الآيه المباركه، حيث لم يقيّد بكون المسروق مالاً مخصوصاً، وكذلک ما فى بعض الروايات، فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «يقطع السارق فى كل شىء بلغ قيمته خمس دينار ان سرق من سوق أو زرع أو ضرع أو غير ذلک»(1).

وفى صحيحه محمّد بن مسلم: «كل من سرق من مسلم شيئاً قد حواه واحرزه فهو يقع عليه اسم السارق وهو عنداللّه سارق ولكن لا يقطع إلاّ فى ربع دينار أو اكثر»(2).

ومقتضى الاطلاق فيها عدم الفرق بين كون المسروق اصله الاباحه أم لا.

[3] وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا قطع على من سرق

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 12: 483.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 10: 483.

....

الشَرح:

الحجاره، يعنى الرخام واشباه ذلک»(1)، وفى معتبرته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا قطع فى ريش يعنى الطير كلّه»(2).

وفى معتبره غياث بن ابراهيم عن أبى عبداللّه عليه السلام : «انّ عليّاً عليه السلام أتى بالكوفه برجل سرق حماماً فلم يقطعه، وقال: لا اقطع فى الطير»(3).

وظاهر الماتن ضعف هذه الروايات، فان كان المراد ضعفها سنداً فلا يمكن المساعده عليه، خصوصاً معتبره غياث بن ابراهيم الذى وثّقه النجاشى، وان اراد ضعفها لعدم عمل الاصحاب باطلاقها فلعلّهم حملوها على الأخذ من غير المحرز أو عدم بلوغ القيمه، ربع دينار، كما يشير الى ذلک قوله عليه السلام : واشباه ذلک، فى المعتبره الاولى، ولا يبعد أن يكون ما ورد فى حجاره الرخام لعدم بلوغ قيمته النصاب، ويؤخذ فى عدم القطع بسرقه الطير على اطلاقه ولم يثبت اعراض المشهور عن ذلک، وقد عنون فى الوسائل عنواناً بعدم القطع فى سارق الطير، وباباً آخر فى عدم القطع فى سرقه الحجاره من الرخام ونحوه.

لا يقال: ما ورد فى أنّه لا يقطع فى سرقه الطير مع ما ورد فى سرقه ربع دينار أو خمس دينار متعارضان بالعموم من وجه، وتقديم احدهما على الآخر بلا وجه، فيؤخذ بما دلّ على القطع فى مورد تعارضهما، لموافقه ما دلّ على ان القطع بما بلغ النصاب موافقاً لاطلاق الكتاب.

فانه يقال: ما دلّ على نفى القطع فى الطير هو العموم الوضعى كما أنّ الدال

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 516.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 22 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 516.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 22 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 516.

....

الشَرح:

على القطع فى كل مال بلغ النصاب كذلک إلاّ انّ تقديم ما دلّ على القطع بسرقه النصاب ولو كان طيراً يوجب إلغاء عنوان الطير، وهو خلاف الظاهر.

ولا يجرى ذلک فى حجاره الرخام واشباهه ممّا لا يكون عاده قيمته بمقدار النصاب.

وأمّا ما ورد فى عدم القطع فى ثمر ولا كثر، والكثر شحم النخل كما فى معتبره السكونى، فيحمل على ما إذا كان الثمر شحم النخل فى غير حرز، كما إذا أخذ الثمره التى على الشجره، والكثر من النخل، بل هذا ظاهرها، ومع الاطلاق يكون القرينه على الحمل مثل صحيحه الحلبى، قال: «يقطع الساق فى كل شىء بلغ قيمته خمس دينار ان سرق من سرق أو ضرع أو غير ذلک».

ويؤيّد كون المراد من سرقه الثمره، بل وظهورها فى سرقه الثمره التى على الشجره معتبره السكونى الاخرى، قال: «قضى النبى صلى الله عليه و آله فيمن سرق الثمار فى كمّه فما اكلوا منه فلا شىء عليه وما حمل فيعزّر ويغرم قيمته مرّتين»(1)، فان التعزير قرينه على عدم الحد، وذكر ما اكلوا فلا شىء عليه قرينه على عدم الأخذ من الحرز، كما إذا اكلوا من الشجره التى فى طريق مرورهم.

وأمّا التعريم بمرّتين لم أجد عاملاً به، وانّه ورد فى سرقه التى على الشجره فالغالب فيها تضييع السارق بعض الثمره حين القطف، فيمكن أن يكون التغريم بمرتين لذلک، واللّه العالم.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 23 من ابواب حد السرقه حديث 2.

ومن شرطه أن يكون محرزاً بقفل أو غلق أو دفن[1]، وقيل: كل موضع ليس لغير مالكه الدخول اليه إلاّ باذنه، فما ليس بمحرز لا يقطع سارقه، كالمأخوذ من الارحيه والحمامات والمواضع المأذون فى غشيانها كالمساجد، وقيل: إذا كان المالک مراعياً له كان محرزاً، كما قطع النبى صلى الله عليه و آله سارق مئزر صفوان فى المسجد، وفيه تردّد.

الشَرح:

[1] قد تقدّم أنّه يعتبر فى تعلّق الحد بالسارق هتكه حرز المال واخراجه منه، وفى معتبره طلحه بن زيد: «ليس على السارق قطع حتّى يخرج بالسرقه من البيت»(1).

وفى صحيحه السكونى: «لا يقطع إلاّ من ثقب بيتاً أو كسر قفلاً»(2)، وفى صحيحه الحلبى: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ثقب بيتاً فأخذ قبل أن يصل الى شىء، قال: «يعاقب، فان أخذ وقد اخرج متاعاً فعليه القطع»(3).

فانّ المستفاد من هذه الروايات ونحوه تعلّق الحدّ بالسارق إذا هتک حرز المال فاخرجه من حرزه وعليه، فلابدّ من كون المسروق فى محرز.

وقد يقال: فى تحديد الحرز أن يكون المال فى مكان مملوک للغير عيناً أو منفعه أو انتفاعاً، بحيث لا يدخل فى ذلک المكان بلا إذن ذلک الغير.

ويستدلّ على ذلک بمعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام : كلّ مدخل يدخل فيه بغير اذن فسرق منه السارق فلا قطع فيه»(4).

1- (1) الوسائل: 18، باب 8: من ابواب حد السرقه حديث 4.
2- (2) الوسائل: 18، باب 8: من ابواب حد السرقه حديث 3.
3- (3) الوسائل: 18، باب 8: من ابواب حد السرقه حديث 1.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 18: من ابواب حد السرقه، الحديث 4:509.

....

الشَرح:

ولكن لا يخفى انّه لا دلاله لها على أنّ كلّ ما يدخل فيه بالاذن فكلّ ما سرق منه يقطع سارقه، كما إذا كان باب دار شخص مفتوحاً ولو اتفاقاً وكان المتاع موضوعاً فى صحن الدار فدخل فيه داخل فأخذ ذلک المال فانّ الدار المزبوره وان لا يجوز الدخول فيه بلا اذن إلاّ انّه لا يصدق على المتاع المزبور أنّه كان فى حرز.

ولذا يقال: المكان الموضوع فيه المال إن كان بحيث يدخل فيه بلا اذن كالحمامات والخانات والأرحيه، فلا يكون المكان المزبور محرزاً، كما فى المثال المتقدم، نعم البيت المغلق حرز بالاضافه الى غير اهلها.

وكيف ما كان، إذا شكّ فى كون مكان المال أو المتاع محرزاً أم لا يقطع بسرقه المال، لأنّ التقييد بالحرز ثبت بدليل منفصل، ومع اجماله يؤخذ بخطابات قطع يد السارق كالآيه المباركه، ولكن القطع لا يخلو عن اشكال، لأنّ مقتضى المفهوم للحصر الوارد فى معتبره السكونى عدم القطع فى غير الموارد المزبوره، فيقطع بالوثوق بعدم الفرق بين المورد والموارد المزبوره.

وعليه، فان كان باب الدار مفتوحاً وكان صاحبها نائماً فيها سارق فسرق فلا يحكم بالقطع، نعم لو كان صاحبها أو شخص آخر مراعياً فدخل فيها سارق خفيه وأخذ المال يقطع، ويؤيّده ما ورد فى القطع من سرقه الزرع والسوق أو ضرع أو غير ذلک.

وقيل: إنّ المراعي إذا كان ملتفتاً الى أخذه المال ولم يتمكنّ من دفعه فلا يكون الآخذ سارقاً، حيث يعتبر فى صدق السرقه الأخذ خفيه وان لم يلتفت الى أخذه، فلا يكون المال فى محرز لا يمكن المساعده عليه، فانّ الدخول مع عدم التمكن المراعى عن منعه عن الأخذ أو الدخول لا ينافى صدق السرقه، كان

وهل يقطع سارق ستاره الكعبه، قال: فى المبسوط والخلاف: نعم[1]، وفيه اشكال، لأنّ الناس فى غشيانها شرع.

ولا يقطع من سرق من جيب الانسان أو كمّه الظاهرين، ويقطع لو كانا باطنين[2].

الشَرح:

عدم التمكن لعدم التفاته أو لغيره، والمعتبر فى صدق السرقه اخفاء أخذه المال عن السائرين لا عن خصوص صاحب البيت والمراعى، وقد تقدّم عدم القطع على الدغاره المعلنه والمختلس أى السالب.

وامّا ما ورد فى قضيه صفوان بن اميّه فقد تعرضنا سابقاً، وما ورد فى قطع ايدى بنى شيبه عند قيام القائم لأنهم سرّاق بيت اللّه الحرام.

[1] يستشكل فى أخذ ستار الكعبه وسرقته من جهتين: الاولى ما تقدم من اعتبار أخذ المال من المحرز، والثانى عدم كون ستارها مملوكاً للغير، ولكن شىء من الجهتين لا تمنع القطع، لما تقدّم من قطع القائم عليه السلام أيدى بنى شيبه لأنهم سرّاق أموال بيت اللّه الحرام مع وجود الجهتين فى سرقتهم، وعليه فلا يمكن المساعده لما ذكر الماتن فى وجه الاشكال على القطع بتساوى الناس فى غشيانها، سواء أراد منه دخول عامه الناس وانتفاعهم كالحمامات أو اراد عدم اختصاص ستارتهابشخص.

[2] هذا منسوب الى المشهور، ويقال: إنّ الجيب الظاهر أو الكمّ الظاهر لا يكون حرزاً بخلاف الباطنين، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام بطرّار قد طرّ الدراهم من كمّ رجل، قال: ان كان طرّ من قميصه الاعلى لم اقطعه، وان كان طرّ من قميصه السافل قطعته»(1)، ونحوه خبر

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 505.

ولا قطع في ثمره على شجرها [1]ويقطع لو سرق بعد احرازها، ولا على من سرق مأكولاً فى عام مجاعه[2]،

الشَرح:

مسمع بن ابى سيار(1)، ومقتضاهما القطع مع الأخذ من الجيب أو الكمّ الباطن، سواء صدق عليه الحرز أم لا.

[1] قد تقدّم أنّ عدم القطع إذا لم تكن الشجره محرزه وإلاّ يقطع.

[2] الظاهر أنّه لا خلاف فى أنّه لا يقطع فى عام المجاعه إذا كان المسروق طعاماً، وفى معتبره السكونى: «لا يقطع السارق فى عام السنه يعنى عام مجاعه»(2).

وفى معتبره الاخرى عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، قال: «لا يقطع السارق فى عام سنه مجدبه، يعنى فى المأكول دون غيره»(3).

وفى مرسله عاصم بن عمّن أخبره، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يقطع السارق فى أيّام المجاعه»(4).

ومقتضى الاطلاق فى المعتبره الاولى وان كان عدم الفرق فى عدم القطع فى عام المجاعه بين كون المسروق طعاماً أو غيره كان السارق مضطراً أم لا، إلاّ انّه يشكل الالتزام بالاطلاق والتفسير فى المعتبره الثانيه.

وان يحتمل قويّاً انّه من الصدوق قدس سره للجمع بينها وبين مرسله زياد القندى عمّن ذكره عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا يقطع السارق سنه المحل (المحق) فى

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 505.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 520.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 520.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 520.

ومن سرق صغيراً فان كان مملوكاً قطع[1] ولو كان حرّاً فباعه لم يقطع حدّاً، وقيل: يقطع دفعاً لفساده.

الشَرح:

شىء ممّا يؤكل مثل الخبز واللحم واشباه ذلک»(1)، ولضعف المقيّد لا يرفع اليد عن الاطلاق.

ولكن يمكن ان يقال: عدم القطع لشبهه الاضطرار خصوصاً إذا كان المسروق طعاماً فالاطلاق محمول على ذلک.

[1] ظاهره قدس سره أنّ الصغير إذا كان مملوكاً يكون قطع يد سارقه حدّاً ، ولعلّ مراده بالصغير من لا يعرف سيّده بأن كان غير مميّز، ولا يمكن أن يتحفّظ على نفسه بحيث يكون أخذه من موضعه واخراجه الى غيره سرقه وأخذاً اياه من محرزه، فيتعلّق بآخذه حد القطع، ولو كان متمكناً على التحفظ على نفسه ولو باظهاره للناس أنّه مملوک لفلان بعد الأخذ لا يصدق على أخذه السرقه، كما صرح بذلک بعضهم.

ولكن لا يخفى انّه قد لا يمكن أن يظهر الكبير ايضاً انّه مملوک فلان بعد أخذه من موضعه قهراً عليه للخوف من أخذه لاخافته بالقتل، وأمّا إذا كان السروق حرّاً فلا يكون ذلک من سرقه المال حتّى يتعلّق بآخذه حدّ سرقه المال البالغ حدّ النصاب، حتّى ما إذا باعه، ولكن قال الشيخ فى النهايه: إذا باعه يتعلّق به القطع لا حدّاً لسرقه المال بل دفعاً لفساده.

ويستدلّ على ذلک بمعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل قد باع حرّاً فقطع يده»(2)، ولعلّ عدم التقييد بالصغير

1- (1) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد السرقه، الحديث1.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 20 من أبواب حد السرقه، ح 2.

ولو اعار بيتاً فنقبه المعير وسرق منه مالاً للمستعير قطع[1]،

الشَرح:

مقتضاه عدم الفرق بينه وبين الكبير، وذلک فانّ حکايته عليه السلام لغرض بيان الحکم فيؤخذ بمقتضى عدم التقييد.

ويؤيّده خبر عبداللّه بن طلحه، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل يبيع الرجل وهما حرّان يبيع هذا هذا وهذا هذا يفرّان من بلد فيبيعان انفسهما ويفرّان باموال الناس، قال: «تقطع ايديهما لأنهما سارقا انفسهما واموال الناس»، وکذا روايه معاويه بن طريف بن سنان الثورى على روايه الکلينى، وطريف بن سنان على روايه الصدوق، والتعبير بالتأييد لضعف سندهما.

[1] وقد نفى الخلاف فى ذلک فى کلمات جماعه، والقطع فى المفروض مقتضى العموم والاطلاق فيما ورد فى سارق النصاب.

نعم، ذکر فى المسالک وجهاً فى عدم القطع على المعير، وهو جواز رجوعه فى العين المستعاره لجواز العاريه فلا يحصل الحرز، ولا يکون المال الموجود فى البيت محرزاً بالاضافه الى المعير.

وهذا الوجه على تقدير تماميّته يوجب الفرق بين المعير والموجر، ولکنه غير تامّ، وذلک عاريه البيت ونحوها مشروطه بأن لا يدخل المعير فيهابلا اذن المستعير مادام لم يکن تعدّ من المستعير، فيکون المال محرزاً بالاضافه اليه حتّى بعد رجوعه فى الاستعاره ما لم يتعدّ المستعير فى التخليه.

نعم، لو کان البيت مغصوباً من مالکه فکسر المالک قفله ودخل فيه وسرق مال الغاصب، فيقال بعدم القطع لأن البيت لا يکون محرزاً بالاضافه الى مالکه، وفيه ايضاً تأمّل، إلاّ أن يکون الکسر والدخول فى البيت وأخذ المال للتقّاص أو لاجبار الغاصب على ترک الغصب، والمحکى عن أبى حنيفه أنّه لو آجر عبده

وكذا لو آجر بيتاً وسرق منه مالاً للمستأجر، ويقطع من سرق مالاً موقوفاً مع مطالبه الموقوف عليه، لانّه مملوک له[2]،

الشَرح:

لحفظ المتاع وسرق مولاه ما يحفظه عبده لا يقطع لعدم كون المال محرزاً، وردّ بان المحرز هو المكان الذى فيه المتاع، فالحرز غير مملوک مولاه وانّما المملوک له نفس العبد.

[2] إذا كان المال المسروق وقفاً على محصور فلا ينبغى التأمّل فى أنّ سارقه يقطع، فانّ المال المزبور ملک لهم وقد سرقه منهم، وأمّا إذا كان من قبيل الوقف على العنوان وكان محرزاً، كما هو الفرض فى المقام، فان لم يكن السّارق داخلاً فى الموقوف عليهم، فلا ينبغى التأمّل ايضاً فى انّ تعلّق القطع بالسارق إذا كان عين الوقف أو المسروق من منفعته ملكاً للموقوف عليهم ظاهر، وأمّا إذا لم يكن الوقف كذلک بل كان للموقوف عليهم الانتفاع، كالفراش الموقوفه على المساجد والمدارس، فلا يبعد ايضاً الالتزام بتعلّق القطع بسارقه فيما إذا كانت العين فى محرز، بلا فرق بين القول ببقاء العين الموقوفه فى الوقف الانتعاعى فى ملک الواقف حتّى بعد موته أو قبل بدخوله فى ملک اللّه سبحانه، على ما قيل، لصدق السارق على آخذ الوقف من حرز كان ملكاً لشخص حى أو ميت أو ملک اللّه سبحانه.

نعم، إذا كان السارق داخلاً فى الموقوف عليهم، فقد يقال: يلاحظ سرقته زائداً على نصيبه نظير السرقه من بيت المال على ما تقدم، ولكنه محل تأمّل بل منع، لعدم حصّه للسارق فى نفس العين فى الوقف الانتفاعى وعدم شمول ما تقدّم فى السرقه من بيت المال سرقه العين الموقوفه بتمامها كسرقه كل بيت المال كما لا يخفى.

حكم سارق الكفن

ولا يصير الجمال محرزه بمراعاه صاحبها ولا الغنم باشراف الراعى عليها[1]، وفيه قول آخر للشيخ.

ولو سرق باب الحرز أو من ابنيته قال فى المبسوط: يقطع لأنّه محرز بالعاده، وكذا إذا كان الانسان فى داره وأبوابها مفتحّه ولو نام زال الحرز، وفيه تردد.

ويقطع سارق الكفن لأنّ القبر حرز له[1]، وهل يشترط بلوغ قيمته نصاباً، قيل: نعم، وقيل: يشترط فى المره الأولى دون الثانيه والثالثه، وقيل: لا يشترط،

الشَرح:

[1] فى الفرق فيما ورد فى السرقه من الزرع وان سارقه يقطع، وبين الجمال التى يراعيها صاحبها، أو الغنم مع وجود الراعى، بعدم القطع فى السرقه من الجمال والغنم مشكل جداً، وبتعبير آخر صحيحه الحلبى المتقدمه الداله على قطع من سرق النصاب من الزرع مقتضاه القطع فى سرقه الجمال والغنم، حيث إنّ اعتبار الحرز فى الزرع لا يكون عاده إلاّ بالراعى أو الحارس بل يجىء فى المقام ما تقدّم من التمسك باطلاق بما دلّ على قطع يد السارق فى مورد الشک فى كون شىء حرزاً، وإن ناقشنا فى التمسک المزبور بمفهوم الحصر الوارد فى معتبره السكونى، حيث ورد فيها: «لا يقطع إلاّ من نقّب بيتاً أو كسر قفلاً»، والعمده فى القطع فيما ذكر ما ورد فى سرقه الزرع.

وممّا ذكر يظهر الحال فيمن سرق باب الحرز أو ابنيته، حيث إنّ نصب الباب يحسب حرزاً للباب، والبناء يحسب حرزاً لاجزاء البنايه، وأمّا إذا كان الانسان فى داره وأبوابها مفتحه، فقد تقدّم الكلام فيه فى فرضى كون المالک أو غيره راعياً أو نائماً فلا نعيد.

[1] المشهور بين الاصحاب إنّ سارق الكفن يقطع، بل ادّعى عليه الاجماع، ويستدلّ على ذلک بروايات، كصحيحه حفص بن البخترى قال: سمعت

ولأول اشبه، ولو نبش ولم يأخذ عزر، ولو تكرر منه الفعل وفات السلطان كان له قتله للردع.

الشَرح:

أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «حدّ النبّاش حدّ السارق»(1).

وموثقه اسحاق بن عمار: «انّ عليّاً عليه السلام قطع نبّاش القبر، فقيل له: أتقطع فى الموتى؟ فقال: انّا نقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا»(2).

وصحيحه عيسى بن صبيح قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الطرّار والنبّاش والمختلس، قال: «يقطع الطرّار والنبّاش، ولا يقطع المختلس»(3)، ونحوها غيرها.

ولكن فى صحيحه اخرى لعيسى بن صبيح اسندها فى الوسائل الى الفضيل عن أبى عبداللّه عليه السلام عن الطرّار والنبّاش والمختلس، قال: «لا يقطع»(4).

وربّما قيل: انّما يتعلّق به حد القطع إذا تكرّر منه الفعل مراراً وإلاّ فلا قطع، وينسب ذلک الى الصدوق قدس سره فى المقنع والفقيه، ويقال: انّه يظهر ذلک من روايات، منها صحيحه الفضيل عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «إذا كان النبّاش معروفاً بذلک قطع»(5).

ومنها روايه على بن سعيد عن أبى عبداللّه عليه السلام ،قال: سألته عن رجل أخذ وهو ينبش، قال: «لا ارى عليه قطعاً إلاّ ان يؤخذ وقد نبش مراراً فاقطعه»(6).

وفى الصحيح عن محمّد بن أبى حمزه عن على بن سعيد، قال: سألت

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 511.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 12: 513.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 10: 512.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 14: 513.
5- (5) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 15: 513.
6- (6) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 11: 512.

....

الشَرح:

أبا عبداللّه عليه السلام عن النبّاش، قال: «إذا لم يكن النبش له عاده لم يقطع ويعزّر»(1).

أقول: صحيحه الفضيل لا تدلّ على اعتبار تكرار الفعل فى القطع، فانّ معروفيه الرجل بالنّبش لا يقتضى تكرار الفعل منه، كما انّ كلمه نباش لا دلاله لها على تكراره، كما يظهر ذلک من موارد استعمالها، وتقييده بكون النّبش عاده له فى بعض الروايات.

وعلى الجمله، المستفاد من الكلمه المزبوره صدور النبش عنه، ويعمّ ما إذا سرق الكفن أو غيره من القبر أم لا، ولذا قد يحمل الروايات الدالّه على نفى القطع فيه على من أخذ حال النبش، بحيث الكفن أو غيره، بشهاده موثقه اسحاق بن عمار، الوارده فيها قول على عليه السلام بعد السؤال اتقطع لأمواتنا: «انّا نقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا».

وهذه الموثقه وإن كانت فى نسخه الوسائل التى عندى مقطوعه يروى اسحاق بن عمار، عن على عليه السلام إلاّ انّه فى التهذيب والاستبصار ليست بمرفوعه يرويها اسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام .

وأمّا روايتا على بن سعيد فتحملان على صوره احراز السرقه مع تكرر الفعل، هذا مع ضعف سندهما وعدم صلاحيتها للمعاوضه بما ورد فيه من أن السرقه من الموتى كالسرقه من الأحياء، كما لا تصلحان لتقييده بما إذا تكررت السرقه من الموتى.

ثم أنّه قد روى فى الوسائل عن الصدوق عليه السلام باسناده الى قضايا

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 13: 513.

....

الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام انّه قطع نبّاش القبر، فقيل له: أتقطع فى الموتى، فقال: «انّا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا»، وقال: انّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بنبّاش فأخذ بشعره وجلد به الارض، ثم قال: طوؤا عباداللّه فوطى ء حتّى مات»(1).

وقد ذكرنا أنّ الاسناد الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام اجتهاد من صاحب الوسائل، والصدوق رواهما مرسلاً عن أمير المؤمنين عليه السلام فانّهما حكايه قول وفعل لاقضائه فى الواقعه، وظاهر ما ذكر الصدوق قدس سره فى المشيخه من سنده الصحيح الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام حكايه القضاء، وقضيه قتل النبّاش واقعه خاصه لعلّه قد تكرّر منه السرقه والنبش، على ما يأتى فى قتل السارق مع تكرار السرقه بعد قطع يده ورجله وحبسه أو للفاحشه التى ارتكبها بعد النبش أوجب قتله.

وفى المروى بسند صحيح عن أبى عمير، عن غير واحد من اصحابنا، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل نبّاش فأخذ أميرالمؤمنين بشعره فضربه الارض ثم أمر الناس أن يطؤوه بأرجلهم فوطؤه حتّى مات»، ولعلّ الماتن حمله على صوره تكرار الفعل وفراره عن السلطان، فانّ ذلک يوجب أن يقتله السلطان لردعه ومنع فساده، ولكن الروايه لا تخلو عن الاضمار أو الارسال.

ثم إنّ ظاهر صحيحه حفص بن البخترى، وقول على عليه السلام : «انّا نقطع لأمواتنا كما نقطع لاحيائنا»، رعايه ما يعتبر فى قطع الأحياء فى قطع النبّاش، من بلوغ المسروق حد النصاب وغيره، فلا يعلم وجه صحيح لما نسب الى ابن ادريس من عدم اعتبار النصاب فى المره الثانيه أو الثالثه، أو ما نسب الى الشيخ والقاضى والى ابن ادريس فى آخر كلامه، من عدم اعتبار بلوغ النصاب مطلقاً.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 8: 511.

الثالث: ما به يثبت.

ويثبت بشاهدين عدلين، وبالاقرار مرّتين [1]ولا يكفى المره.

الشَرح:

[1] ثبوت السرقه بالبيّنه يعنى شهاده عدلين مقتضى ما دلّ على اعتبارها مطلقاً ولخصوص ما ورد فى ثبوت السرقه بها، وهذا متسالم عليه عند العلماء والمشهور بين اصحابنا ثبوتها بالاقرار مرتين، ولا يكفى فى تعلّق حدّها الاقرار مرّه.

ويستدلّ على ذلک بما يظهر من بعض الاخبار أنّ الاقرار مرّه يثبت المال ولكن لا يثبت الحدّ، كما إذا شهد بالسّرقه شاهد واحد وامرأتان أو شاهد مع حلف المدّعى.

ويدلّ على ذلک بعض الروايات كمرسله جميل بن درّاج عن بعض اصحابنا، عن أحدهما عليه السلام فى حديث قال: «لا يقطع السّارق حتّى يقرّ بالسرقه مرتين، فان رجع ضمن السرقه ولم يقطع إذا لم يكن شهود»(1).

وفى روايته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «لا يقطع السارق حتّى يقرّ بالسرقه مرتين، ولا يرجم الزانى حتّى يقرّ اربع مرات»(2).

وصحيحه ابان بن عثمان عن أبى عبداللّه عليه السلام انّه قال: «كنت عند عيسى ابن موسى فأتى بسارق وعنده رجل من آل عمر، فاقبل يسألنى فقلت: ما تقول فى السارق إذا أقرّ على نفسه انّه سرق، قال: يقطع، قلت: فما تقول فى الزنا، إذا اقرّ على نفسه مرات؟ قال: ترحمه، قلت: وما يمنعكم من السارق إذا أقرّ على نفسه مرتين أن تقطعوه فيكون بمنزله الزانى»(3).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 488.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 6: 488.

3- (3) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 488.

....

الشَرح:

حيث يقال: ظاهرها انّ الإمام عليه السلام بصدد بيان أنّ المعتبر فى ثبوت السرقه شهاده عدلين، فاللازم فى تعلّق الحد بالسارق عند ثبوته بالاقرار من الاقرار مرتين، فكيف يصحّ الالتزام بالقطع بالاقرار مرّه.

بل يقال: مقتضاه كلّ مورد يعتبر فيه خصوص البينه فاللازم فى ثبوته بالاقرار هو الاقرار مرتين، بلا فرق بين حدّ السرقه وغيره، وفى الجواهر وعن بعض الميل الى القطع بالاقرار مرّه، لصحيحه الفضيل عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ان أقرّ الرجل الحرّ على نفسه عند الإمام مرّه واحده قطع»(1).

ويضاف إليها ما يدلّ على نفوذ الاقرار من الشخص على نفسه، ودعوى أنّ مرّه واحده فى صحيحه الفضيل قيد للسرقه لا الاقرار كماترى لا تعدّ جمعاً عرفاً بينها ما تقدّم، ولذا قيل بحمل الصحيحه على رعايه التقيه، حيث إنّ فى صحيحه ابان بن عثمان المتقدمه اشعاراً بل ظهور فى كون الاكتفاء بالمره مذهب العامه أو بعضهم، حيث إنّه لو كان الاقرار مرتين معتبراً عندهم فى ثبوت السرقه لم يكن مورد لقوله عليه السلام : «وما يمنعكم من السارق إذا أقر على نفسه مرتين أن تقطعوه»، فانّ هذا من قبيل الاستدلال عليهم بلزوم اعتبار الاقرار مرتين.

ولكن الصحيح عدم وجه لحمل الصحيحه على رعايه التقيه، حيث يمكن أن يكون قوله عليه السلام الرد عليهم، بأنّ الاكتفاء بالمره فى ثبوت السرقه خلاف القياس عندكم نظير قوله عليه السلام : «وكيف تقضى الخائض الصوم ولا تقضى الصلاه».

وحاصل استدلاله عليه السلام إذا كان المعتبر فى ثبوت الزنا شهاده اربعه من الرجال

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 488.

ويشترط فى المقر: البلوغ وكمال العقل [1]والحريه [2]

الشَرح:

لأنّه فعل شخصين ولذا يعتبر فى ثبوته بالاقرار الاقرار بأربع مرّات، فاللازم فى ثبوت السرقه بالاقرار الاقرار مرتين لأنّ السرقه فعل شخص واحد وثبوته يكون بشهاده رجلين.

وأمّا مرسله جميل بن دراج لارسالها لا يمكن الاعتماد عليها، وفتوى المشهور باعتبار الاقرار مرتين لعلّه للاستناد الى ما فهموا من صحيحه ابان بن عثمان، وقد ذكرنا عدم دلالتها على اعتبار المرتين، وأمّا روايته عن أبى عبداللّه عليه السلام ففى سندها أيضاً على بن السندى ولم يثبت له توثيق، وهو غير على بن السّرى من اصحاب الصادق عليه السلام وذكر له توثيق، ولو فرض التعارض بين صحيحه الفضيل وبينها يرجع بعد التساقط الى اطلاق نفوذ.

[1] يعتبر فى المقرّ بالسرقه البلوغ والعقل، بمعنى أنّه لا يعتبر اعتراف الصبى بسرقته المال نافذاً عليه وكذا المجنون، بأن يترتب على اقرارهما ما تقدّم فى سرقه الصبى، فانّ ثبوت التعزير أو ادماء أنامله أو قطعها فيما إذا ثبت سرقته واقراره بها لا يكون طريقاً الى ثبوتها، كما لا يعتبر إقراره طريقاً الى الثبوت فى سائر الموارد.

[2] بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد له صحيحه الفضيل بن يسار، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا اقرّ المملوک على نفسه بالسرقه لم يقطع وان شهد عليه شاهدان قطع»(1).

ولكن فى صحيحه ضريس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «العبد إذا أقرّ على نفسه عندالإمام مرّه أنّه قد سرق قطعه والأمه أقرّت بالسرقه قطعها»(2).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 25 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 532.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 487.

والاختيار، فلو أقر العبد لم يقطع لما يتضمن من اتلاف مال الغير، وكذا لو اقر مكرهاً[3]، ولا يثبت به حدّ ولا غرم، ولو رد السرقه بعينها بعد الاقرار بالضرب، قال فى النهايه: يقطع، وقال بعض الاصحاب: لا يقطع لتطرق الاحتمال الى الاقرار، اذ من الممكن ان يكون المال فى يده من غير السرقه، وهذا حسن، ولو اقر مرتين ورجع لم يسقط الحدّ وتحتمت الاقامه [4]ولزمه الغرم، ولو اقر مرّه لم يجب الحدّ ووجب الغرم.

الشَرح:

وفى صحيحه الاخرى للفضيل قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عندالإمام بحقّ من حدود اللّه مرّه واحده، حرّاً كان أو عبداً، حرّه كانت أم أمه، فعلى الامام أن يقيم الحدّ عليه للّذى أقرّ به على نفسه كائناً من كان، إلاّ الزانى المحصن فانّه لا يرجمه حتّى يشهد عليه اربعه شهداء الحديث»(1).

وقد تقدّم سابقاً أنّه يحمل نفوذ اقرار المملوک على صوره تصديق مولاه، حيث مع تصديقه لا يكون اقراره على الغير او ان يجرى الحدّ عليه بعد ما يعتق كثبوت الغرم بالمال، ولكنّه بعيد لما ذكرنا من عدم فرض الاقرار بعد العتق.

[3] يعتبر فى نفوذ الاقرار فى المقام وسائر المقامات عدم الاكراه على الاقرار، فانّ الاقرار مع الاكراه غير نافذ كالاقرار حال السكر والاغماء ونحوهما، ولو اعترف بالسرقه بعد اكراهه على الاعتراف بها، قال فى النهايه: يقطع إذا جاء بعين المال لاحراز سرقته.

وفى صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل سرق سرقه فكابرها فضرب فجاء بها بعينها هل يجب عليه القطع، قال: «نعم، ولكن لو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 343.

....

الشَرح:

اعترف ولم يجى ء بالسرقه لم يقطع لانّه اعترف على العذاب»(1).

وفى روايه أبى البخترى: «من أقرّ عند تجريد أو تخويف أو حبس أو تهديد فلا حدّ عليه»(2).

ومقتضى التعليل فى الصحيحه كظاهر هذه الروايه أنّ مجرّد الاعتراف الاكراهى لا ينفذ على المعترف على المعترف ولا حدّاً، وإذا علم السرقه ولو بحاله الاعتراف المزبور فى العلم جرى عليه الحد، وعليه فمجرّد مجيئه بعين المال المسروق لا يوجب الحدّ إذا احتمل أنّ السارق كان غيره من صديقه أو اهله.

وما ذكره الحلّى ومن تبعه: لا يقطع بمجرّد مجيئه بعين المال المسروق لتطرّق الاحتمال بأن سرقته كانت محرزه، فالاكراه على الاعتراف بالضرب للاتيان بالمال المسروق، وللّه سبحانه هو العالم.

[4] لا ينبغى التأمّل فى ثبوت الغرم بالاقرار بالسرقه ولو مرّه، فانّه من الاقرار على نفسه بالمال، سواء رجع عن اقراره بعد ذلک ام لا، وإذا قلنا بثبوت الحدّ ايضاً بالاقرار بالسرقه مرّه أو اعتبرنا المرتين فرجوعه بعد الاقرار الموجب لاقامه الحدّ عليه لا يوجب سقوطه.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل أقرّ على نفسه بحدّ ثم جحد بعد، فقال: «إذا اقرّ على نفسه عند الإمام انّه سرق ثم جحد قطعت يده وان رغم انفه، وان اقرّ على نفسه انّه شرب خمراً أو بفريه فاجلدوه ثمانين جلده الحديث»(3).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 497.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 497.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 319.

الرابع: فى الحدّ.

وهو قطع الاصابع الاربع من اليد اليمنى، ويترک له الراحه والابهام[1]،

الشَرح:

وفى صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «من أقرّ على نفسه بحدّ أقمته عليه إلاّ الرجم، فانه إذا أقرّ على نفسه ثم جحد لم يرجم»(1).

نعم، فى المقام أمر آخر، وهو أنّ للامام أن يعفو إذا كان ثبوت الحدّ بالاقرار، بخلاف ما إذا ثبت موجبه بالبيّنه، على ما تقدم سابقاً، وعلى هذا يحمل مرسله جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام ، قال: «لا يقطع السّارق حتّى يقرّ بالسرقه مرتين ، فان رجع ضمن السرقه ولم يقطع»، اضف الى ذلک ما تقدّم من ضعفها سنداً لارسالها ووقوع على بن حديد فى طريقها.

[1] بلا خلاف بين أصحابنا، بل عليه الاجماع، يدلّ على ذلک موثقه اسحاق بن عمار، عن أبى ابراهيم عليه السلام ، قال: «تقطع يد السارق ويترک ابهامه وصدور راحته وتقطع رجله، ويترک له عقبه يمشى عليها»(2).

وموثقه سماعه بن عمران، قال: «إذا أخذ السارق قطعت يده من وسط الكفّ، فان عاد قطعت رجله من وسط القدم، فان عاد استودع السّجن، فان سرق فى السجن قتل»(3).

وصحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى السارق إذا سرق قطعت يمينه، وإذا سرق مرّه اخرى قطعت رجله اليسرى، ثم إذا سرق مرّه اخرى سجنته وتركت رجله اليمنى يمشى عليها الى الغائط ويده

1- (1) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 319.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد السرقه، الحديث 3:491.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد السرقه، الحديث 3:491.

....

الشَرح:

اليسرى يأكل بها ويستنجى بها، فقال: انّى لأستحيى من اللّه ان اتركه لا ينتفع بشىء ولكنّ اسجنه حتّى يموت فى السجن، وقال: ما قطع رسول اللّه بعد يده ورجله»(1)، الى غير ذلک من الروايات التى تصلح ولو للتأييد للضعف فى اسنادها.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قلت له: من أين يجب القطع فبسط اصابعه، وقال: «من ها هنا يعنى من مفصل الكف»(2)، وظاهرها قطع تمام الكف بناءً على كون التفسير من الامام عليه السلام ، ولكن لابدّ من حملها على التقيه، فانّ القطع كذلک من مذهب العامه.

ثم انّ ظاهر جماعه كون موضع القطع من الرجل اليسرى إذا عاد الى السرقه ثانياً بعد قطع اليد هو مفصل القدم، أى يترک للسّارق عقب رجله بحيث لا يبقى من عظام القدم إلاّ عظم العقب والعظم الذى يكون بينه وبين الساق المسمّى برسغ القدم، وهو المفصل بين الساق والقدم.

وفى موثقه اسحاق بن عمار المتقدمه: «وتقطع رجله ويترک له عقبه يمشى عليها»، ونحوها روايتاً أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «القطع من وسط الكف ولا يقطع الابهام وإذا قطعت الرجل ترک العقب لم يقطع»(3)، ومعاويه بن عمار قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «يقطع من السارق اربع اصابع ويترک الابهام وتقطع الرجل من

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد السرقه، الحديث 1:492.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد السرقه، الحديث 1:491.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد السرقه، الحديث 2:491.

ولو سرق ثانيه قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، ويترک له العقب يعتمد عليها، فان سرق ثالثه حبس دائماً[1]،

الشَرح:

المفصل ويترک العقب يطأ عليه»(1).

ولكن عن الصدوق قدس سره فى المقنع: انّه يقطع الرجل من وسط القدم، وعن جماعه: انّه يقطع من معقد الشراک ويترک له مؤخر القدم والعقب، وغير ذلک من التعابير، وفى موثقه سماعه المقدمه: «وان عادت قطعت رجله من وسط القدم»، وفى صحيحه زراره، عن أبى جعفر عليه السلام : «فاذا قطع الرجل قطعها من الكعب»(2).

وكيف كان، الروايات متوافقه على أنّ اصابع الرجل الرجل والمشط من القدم الذى يتصّل بالكعب الذى هو قبه القدم و يصدق عليه القطع من وسط القدم، ويحتمل أن يكون تركه هو المراد من ترک العقب، فالمتعيّن القطع مما يتصل بالكعب الذى تقدم فى بحث الوضوء أنّه قبه القدم.

[1] بلا خلاف يعرف وقد ورد فى عدّه من الروايات المتقدّمه وغيرها، أنّه عاد ثالثه استودع فى السجن وانّه لاستحيى، وفى السجن، وفى موثقه زراره، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «كان على عليه السلام لا يزيد على قطع اليد والرجل، ويقول: انّى لاستحيى من ربّى ان ادعه ليس له مايستنجى ء به أو يتطهّر به، قال: وسألته ان هو سرق بعد قطع اليد والرجل، قال: استودعه السجن أبداً واغنى (اكفى) عن الناس شرّه»(3).

نعم، لو سرق بعد ذلک فى السجن قتل، بل يمكن كون السرقه بعد السجن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد السرقه، الحديث 7:491.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد السرقه، الحديث 8:491.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 495.

ولو سرق بعد ذلک قتل، ولو تکرّرت السرقه فالحدّ الواحد کاف[1].

الشَرح:

موجباً لقتله، سواء کانت سرقته فی السجن أو خارجه، کما اذا فرّ من السجن وسرق بعد فراره.

والتقیید بالسرقه فی موثقه سماعه لکون السرقه بعد تخلیلده فی السجن لا یکون إلاّ فی السجن، ولا یوجب ذلک خصوصیه کما هو المتفاهم العرفی خصوصاً بملاحظه صحیحه یونس، عن ابی الحسن الماضی علیه السلام ، قال: «اصحاب الکبائر کلّها إذا اقیم علیهم الحدّ مرتین قتلوا فی الثالثه»، فانّه یرفع الید عن مقتضاها بالاضافه الی السرقه بعد قطع الرجل، حیث ذکرنا أنّ مقتضی الروایات تخلیلده فی السجن بعد تلک السرقه.

[1] إذا تکرّرت السّرقه قبل اجراء الحد یتعلّق به حدّ واحد، والمحکی عن المخالفین ایضاً عدم تعدّد الحد، ویمکن التفصیل بین ما کان ثبوت السرقات المتعدّده قبل اجراء الحد علیه فلا یتعلق به إلاّ حد واحد، وأمّا إذا کان ثبوت بعض تلک السرقات بعد ثبوت بعضها الاخری واجراء الحدّ علیه یتعلّق به الحد الثانی.

ویدل علی ذلک صحیحه بکیر بن أعین، عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل سرق فلم یقدر علیه ثم سرق مرّه ولم یقدر علیه وسرق مرّه خری فأخذ فجاءت البیّنه، فشهدوا علیه بالسرقه الاولی والسرقه الأخیره، فقال: «تقطع یده بالسرقه الاولی ولا تقطع رجله بالسرقه الاخیره»، فقیل له: وکیف ذاک؟ قال: «لأنّ الشهود شهدوا علیه بالسرقه الاخیره قطعت رجله الیسری»(1).

وظاهرها شهاده السهود بالسرقه الثانیه بعد اجراء الحدّ علیه من السرقه الاولی یوجب قطع الرجل، مع فرض وقوع السرقه الثانیه قبل اجراء الحد الاوّل.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9، من أبواب حد السرقه، الحدیث 1: 499.

ولا يقطع اليسار مع وجود اليمين، بل يقطع اليمين ولو كانت شلاّء[1]،

الشَرح:

[1] المشهور بين الاصحاب قطع اليمنى من السارق، سواء كانت صحيحه أو شلاّء، وسواء كانت يسراه ايضاً شلاء أم لا.

ويستدلّ على ذلک بعد الاطلاق فى مثل صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى السارق إذا سرق قطعت يمينه وإذا سرق قطعت رجله اليسرى»(1)، فانّها باطلاقها تعمّ ما إذا كانت يمناه صحيحه أو شلاّء، بصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل أشل اليد اليمنى أو اشل الشمال سرق، قال: «تقطع يده اليمنى على كلّ حال»(2).

وصحيحه زراره عن أبى جعفر وعبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ان الأشل إذا سرق قطعت يمينه على كلّ حال، شلاّء كانت أو صحيحه، فان عاد فسرق قطعت رجله اليسرى، فان عاد خلد فى السجن واجرى عليه من بيت المال وكفّ عن الناس»(3).

عن المبسوط والوسيله: انّ الشلاّء إذا كانت بحيث لا تندمل عروقه بل تبقى مفتوحه كان كفاقد اليمنى، وإذا كانت بحيث تنسدّ عروقه المفتوحه وتندمل يقطع ويحرز ذلک بقول الاطباء، وإذا يحرز شىء من ذلک يقطع أخذاً باطلاق ما دلّ على قطع يمين السارق، وعن الاسكافى من كانت يده اليسرى شلاّء أو معدمه لم يقطع يمناه، كمن كانت يمناه معدومه حيث يخلد فى الحبس.

واستدلّ على ذلک بانّه لو قطعت يمناه مع شلل يسراه يبقى بلا يد يستنجى

1- (1) الوسائل، 18، الباب 5 من أبواب حد السرقه، الحديث 10: 495.
2- (2) الوسائل، 18، الباب11 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 502.
3- (3) الوسائل، 18، الباب11 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 502.

وكذا لو كانت اليسار شلاّء أو كانتا شلائين قطعت اليمين على التقديرين، ولو لم يكن له يسار قال فى المبسوط: قطعت يمينه، وفى روايه عبدالرحمن بن الحجاج، عن أبى عبداللّه عليه السلام : لا يقطع، والأوّل اشبه[1].

الشَرح:

بها، وبمرسله المفضل بن صالح عن بعض اصحابه، قال: قال: أبو عبداللّه عليه السلام : «إذا سرق الرجل ويده اليسرى شلاّء لم تقطع يمينه ولا رجله، وان كان اشل ثم قطع يد رجل قصّ منه، يعنى لا تقطع فى السرقه ولكن يقطع فى القصاص»(1).

وصحيحه عبدالحمن بن الحجاج، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن السارق الى ان قال: قلت له: لو أنّ رجلاً قطعت يده اليسرى فى قصاص فسرق ما يصنع به، قال: فقال: «لا يقطع ولا يترک بغير ساق»(2).

ولكن لا يخفى أنّ المرسله لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها، وصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج لا تدلّ على عدم قطع اليمنى مع شلل اليسرى، بل مدلولها انه إذا فقد الرجل يسراه فى القصاص لا يقطع يمناه للسرقه، وهذا غير كون يسراه شلاّء.

وما فى صحيحه زراره وغيرها: أنّى استحيى من ربّى ان ادعه ليس له ما يستنجى به أو يتطهّر به، يحمل على حكمه عدم قطع اليسرى بالسرقه الثانيه، بعد ورود ما دلّ على أنّ اليمنى فى السرقه تقطع ولو كانت شلاّء أو كانت يسراه شلاّء أو كان مشلول اليدين.

[1] المشهور أنّه يقطع اليد اليمنى ممّن لا يسار له إذا سرق، ويستدلّ على ذلک بتعلّق الحدّ بقطع اليمنى، كما هو ظاهر صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه،

1- (1) الوسائل، 18، الباب11 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 502.
2- (2) الوسائل، 18، الباب11 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 502.

وأمّا لو كان يمين حين القطع فذهبت لم يقطع اليسار لتعلّق القطع بالذاهبه[1].

الشَرح:

والمفروض وجود اليمنى، فلا يكون فقد اليسرى لصوره كون اليسرى شلاّء موجباً لسقوط الحد المتعلق باليمنى، وكما رفع اليد عن مقتضى التعليل السابق فى صوره كون اليسرى شلاّء كذلک يرفع اليد عنه فيمن لا يسرى له.

ولكن مقتضى صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج أنّه لا تقطع يمناه، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن السارق يسرق فقطع يده، ثم يسرق فقطع رجله، ثم يسرق، هل عليه قطع، فقال: «فى كتاب على عليه السلام : انّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله مضى قبل أن يقطع اكثر من يد ورجل»، وكان على صلى الله عليه و آله يقول: «انى لأستحيي من ربّى لا ادع له يستنجى بها أو رجلاً يمشى عليها»، قلت له: لو أنّ رجلاً قطعت يده اليسرى فى قصاص فسرق ما يصنع به، قال: فقال: «لا تقطع ولا يترک بغير ساق»، قال: قلت: لو أنّ رجلاً قطعت يده اليمنى فى القصاص ثم قطع يد رجل اقتصّ منه أم لا، فقال: «انما يترک فى حق اللّه فاما فى حقوق الناس فيقتص منه فى الاربع جميعاً، وظاهر أنّ الحدّ الشرعى لا يكون ان يترک الرجل بلا يد يستنجى بها ولا بلا ساق حتّى يمشى به».

وعليها، فدلالتها على عدم القطع فى فرض اليسرى تامّه، غايه الأمر يرفع اليد عن التعليل الوارد فيها وفى غيرها فيمن كان يده اليسرى شلاّء على ما تقدّم، والمناقشه فى الصحيحه بانّها معرض عنها غير صحيحه، واجمال ما ورد فيها: «ولا يترک بغير ساق» مع عدم الاجمال، كما اشرنا لا يضرّ بظهورها كما تقدم، ولعلّ زعم الاجمال ومقتضى عموم التعليل اوجب ترک العمل بها، واللّه سبحانه هو االعالم.

[1] قد ذكرنا فيمن لا يسرى له لا يقطع بالسرقه، وحيث إن السرقه فى

....

الشَرح:

الفرض لا توجب تعلق الحد، فيكون للحاكم تعريره لارتكابها، وكذلک الحال إذا كانت له يمنى عند السرقه فذهبت بعدها لم تقطع يسارها لا يسار يده ولا رجله اليسرى، فانّ ما يتعلّق به الحد يعنى اليمنى قد ذهبت وقطع اليد اليسرى أو قطع رجله اليسرى ليس بحدّ فى السرقه الاولى، فتصل النوبه الى تعزيره.

وكذا الحال فيمن لا يمنى له بالاضافه، بل لو ارتكب بعد هذه السرقه سرقه اخرى لا يقطع رجله اليسرى بالثانيه، لأنّ قطع الرجل اليسرى حدّ للسرقه الثانيه بعد جريان الحد على سرقته الاولى، والمفروض عدم جريانه عليه، بل إذا سرق ثالثه لا يحبس هذا أبداً فانّ الحبس أبداً حدّ للسرقه بعد قطع اليمنى والرجل اليسرى، ويتعين فى حقه التعزير، بناءً على أنّ قوله عليه السلام : «اصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا فى الثالثه»، لا يعمّ موارد التعزير مرتين.

لا يقال: قطع يسار من لا يمنى له بالاضافه أو بالعرض مقتضى الآيه المباركه، حيث لم يرد فى الآيه قطع خصوص اليد اليمنى، بل تعيين اليمنى مستفاد من مثل صحيحه محمّد بن قيس المتقدمه، والتحديد فيها باليمنى لا يشمل صوره فقد اليمنى، ومع فقدها يؤخذ بالاطلاق فى الآيه المباركه.

فانّ يقال: مقتضى التعليل فى عدم قطع اليسار فى السرقه الاخرى بانّه لا يترک الرجل بلا يد يستنجى بها عدم القطع فى الفرض، وان حدّ القطع يتعلّق باليمنى على تقديرها وإلاّ فلا قطع.

نعم، لو قيل بانّه لم يكن له أصابع فى يده اليمنى اصلاً أو بالعارض فسرق يقطع باقى اليد اليمنى أى الراحه أخذاً باطلاق الآيه المباركه، بعد كون التحديد بقطع الاصابع ناظراً إلى من يكون له الاصابع، كان لما ذكر وجهاً، حيث يبقى له

ولو سرق ولا يمين له قال فى النهايه: قطعت يساره، وفى المبسوط: ينتقل الى رجله، ولو لم يكن له يسار قطعت رجله اليسرى، ولو سرق ولا يد له ولا رجل حبس، وفى الكلّ اشكال من حيث إنّه تخطّ عن موضع القطع، فيقف على اذن الشارع، وهو مفقود.

ويسقط الحدّ بالتوبه قبل ثبوته[1]، ويتحتم لو تاب بعد البينه، ولو تاب بعد الاقرار قيل: يتحتّم القتل، وقيل: يتخير الامام فى الاقامه والعفو، على روايه فيها ضعف.

الشَرح:

اليسرى بعد قطع راحته اليمنى ليستنجى بها، إلاّ ان يدّعى ظهور الروايات المتقدّمه فى التحديد بقطع الاصابع انّ القطع لا يتعلّق بغير الاصابع، لأنّ قطع غيرها لا يدخل فى المراد بالآيه مطلقاً.

[1] وهذا هو المشهور بين الاصحاب، ويستدلّ عليه بصحيحه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً الى اللّه عزّ وجلّ تردد سرقته الى صاحبها ولا قطع عليه»(1).

وقد يناقش فى الاستدلال بأنّ مدلولها يعمّ ما إذا كانت توبته بعد ثبوت سرقته عند الحاكم، مع أنّهم ذكروا بتحتّم القطع لو كانت توبته بعد قيام البيّنه بسرقته، كما هو ظاهر الماتن ايضاً.

وبتعبير آخر، مدلولها أنّ مجىء السارق بنفسه الى الحاكم تائباً عن عمله يوجب سقوط الحد عنه، بخلاف ما أظهر التوبه بعد أخذه، سواء كان ثبوت سرقته عند الحاكم بالبيّنه أو بغيرها، ودعوى انصرافها عن صوره مجىء السارق بنفسه الى الحاكم بعد ثبوت سرقته عنده بالبيّنه كماترى، ولذا عنون فى الوسائل: الباب

1- (1) الوسائل: 18، الباب 16، من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 327

....

الشَرح:

بأنّ من تاب قبل أن يؤخذ سقط عنه الحدّ.

ولكن يمكن الجواب عن المناقشه بأنّه يستفاد من معتبره طلحه بن زيد أنّه مع ثبوت موجب الحد بالبيّنه ليس للامام إلاّ اقامه الحدّ، فانّه روى عن جعفر بن محمّد عليهم السلام قال: «جاء رجل الى أمير المؤمنين عليه السلام فاقرّ بالسّرقه له، فقال له: أتقرأ شيئاً من القرآن، قال: نعم سوره البقره، قال: وهبت يدک لسوره البقره، قال: فقال الاشعث، أتعطّل حداً من حدود اللّه، فقال: ويدريک ما هذا إذا قامت البيّنه فليس للامام ان يعفو، وإذا أقرّ الرجل على نفسه فذاک الامام، ان شاء عفا وان شاء قطع»(1).

فانّ مقتضى قوله عليه السلام : «إذا قامت البيّنه للامام ان يعفو»، لزوم اقامه الحدّ على المرتكب بعد قيام البيّنه بالارتكاب، بلا فرق بين توبته وعدمه.

ولو فرض لصحيحه عبداللّه بن سنان اطلاق يقتضى سقوط الحدّ عن التائب، ولو فى فرض قيام البيّنه على ارتكابه يؤخذ باطلاق المعتبره، حيث انّه موافق للكتاب المجيد الدالّ على وجوب قطع يد السارق، فتكون النتيجه عدم سقوط الحد عن التائب إذا ثبت سرقته بالبيّنه ولو كانت توبته قبل ان يؤخذ.

اللّهم إلاّ أن يقال: لا تنافى بين الصحيحه والمعتبره، فانّ الصحيحه ناظره الى مسقطيه التوبه الحدّ إذا كانت التوبه من المرتكب قبل ان يؤخذ، والمعتبره ناظره الى أن للامام أن يعفو ولايجرى الحدّ على المرتكب إذا كان ثبوت الارتكاب باقراره لا بالبيّنه بالارتكاب تاب أو لم يتب، كما اوضحنا ذلک سابقاً.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 17، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 331

ولو قطع الحدّاد يساره مع العلم فعليه القصاص، ولا يسقط قطع اليمين بالسرقه[1]، ولو ظنّها اليمين فعلى الحداد الديه، وهل يسقط قطع اليمين، قال فى المبسوط: لا لتعلّق القطع بها قبل ذهابها، وفى روايه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «انّ علياً عليه السلام قال: لا تقطع يمينه وقد قطعت شماله».

الشَرح:

ويؤيدّ ذلک ظاهر الكتاب المجيد فى سقوط الحدّ عن المحارب إذا تاب قبل ان يقدروا عليه، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] فانّ القصاص من الحدّاد مع تعمدّه فى قطع يساره وعلمه بعدم جواز قطعها مقتضى الاطلاق فيما دلّ على جواز القصاص فى الاطراف، كما أنّ كون الديه عليه مع ظنّه أنّها يمناه ما دلّ على ثبوت الديه على الجانى.

وأمّا ما ذكره قدس سره من عدم سقوط قطع يمنى السارق فلا يمكن المساعده عليه، لما تقدّم من أنّ مقتضى ما دلّ على أنّه لا يترک الانسان باجراء الحدّ عليه بلا يد سقوط حدّ القطع.

وعلى الجمله المشهور وان التزموا بلزوم قطع اليمنى فى الفرض لتعلّق الحدّ به من قبل، إلاّ انّه غير تامّ، فانّ ما ذكروه لا يكون مدركاً للحكم بعد دلاله ما تقدّم فى الروايات انّه لا يترک انسان بلا يد باجراء الحدّ عليه، نعم رفعنا اليد عن ذلک فيمن كان يساره أشلّ كما يسقط قطع اليمنى إذا قطع الحدّاد يساره اشتباهاً.

وفى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أمر به أن تقطع يمينه فقدّمت شماله فقطعوها وحبسوها يمينه وقالوا: انما قطعنا شماله أتقطع يمينه، قال: فقال: لا لا تقطع يمينه وقد قطعت شماله الحديث»(1).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 6 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 496.

وإذا قطع السارق يستحب حسمه بالزيت المغلى نظراً له وليس بلازم[1]، وسرايه الحدّ ليست مضمونه، وان اقيم فى حر أو برد، لانّه استيفاء سائغ[2].

الشَرح:

وربّما يستفاد منها انّ الحكم كذلک ايضاً فى صوره عمد الحدّاد، لعدم احتمال الفرق بحسب ما ذكر فى الجواب.

[1] الكلام تاره فيما إذا لم يتوقف الابقاء علي حياه السارق بعد قطع يده على حسمه بالزّيت أو غيره ممّا يكون موجباً لانسداد العروق المقطوعه الموجب لانقطاع نزف الدم، وفى هذا الفرض لا يجب على الإمام ولا على المتصدى لإقامه الحد ذلک، بل يستحبّ فانّه كاطعامه ومداوى يده حتّى يبرء من الاحسان اليه، كما يشهد بذلک صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجلين قد سرقا من مال اللّه أحدهما عبد من مال اللّه والآخر من عرض الناس الى ان قال: فقدّمه وقطع يده، ثم أمر أن يطعم اللحم والسمن حتّى برئت يده»(1).

وفى روايه حذيفه بن منصور عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «اتى أمير المؤمنين عليه السلام بقوم سراق قد قامت عليهم البيّنه وأقرّوا، قال: فقطع ايدهم، ثم قال: يا قنبر ضمّهم اليک فدا وكلومهم واحسن القيام عليهم فاذا برءوا فاعلمنى الحديث»(2).

وأمّا إذا توقف حفظ حياته على الحسم ولم يتمكّن السارق منه، فالظاهر وجوب ذلک تحفظاً على حياته.

نعم، لا يختصّ وجوب ذلک على الحاكم أو على الحدّاد، بل ذلک واجب بنحو الواجب الكفائى، ولا يبعد ان يكون الاستحباب العينى على الحاكم لما تقدم.

[2] قد تقدّم سابقاً أنّه لا ديه لمن قتله القصاص، أو الحدّ، وما ورد فى عدم

1- (1) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 529.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 29 من أبواب حد السرقه، الحديث 3: 529.

....

الشَرح:

ضمانها مقتضاه عدم ضمان السرايه الموجبه لاستناد القتل الى القصاص والحد، ويجرى ذلک فيما إذا اقيم الحدّ فى الحر أو البرد، بأن كان ايقاعه فى الحر أو البرد موجباً للسّرايه، فانّه بعد فرض جواز ايقاع الحدّ عليه فى حرّ أو برد وكونه جائزاً، فمع استناد القتل الى ايقاعه فيهما لا يكون ضمان.

نعم، قد تقدّم أنّ المرتكب إذا كانت مستحاضه أو مريضاً يؤ خر إقامه الحد عليه، كما يدلّ عليه معتبرتان للسكونى وغيرهما، ويمكن أن يستفاد منها وجوب تأخير الحدّ إذا كانت اقامته على المرتكب عرضه لقتله، بخلاف ما إذا لم يكن كذلک فاتّفق السرايه، فانّ الاجراء عليه مقتضى ما ورد فى عدم جواز التأخير فى الحدود.

لا يقال: قد ورد فى بعض الروايات ضمان الإمام السرايه فى الحدود التى من حقوق الناس، وقيل: إنّ حد السرقه منها.

وفى روايه الحسن بن صالح الثورى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته يقول: من ضربناه حدّاً من حدود اللّه فمات فلا ديه له علينا، ومن ضربناه حدّاً من حدود الناس فمات فان ديته علينا»، وفى مرسله الصدوق قال: قال الصادق عليه السلام : «من ضربناه حدّاً من حدود اللّه فمات فلا ديه له علينا، ومن ضربناه حدّاً من حدود الناس فمات فديته علينا»(1).

فانّه يقال: مع احتمال انّهما روايه واحده لا يمكن الاعتماد على شىء منهما، لضعف الاولى بالحسن بن صالح الثورى وارسال الثانيه، مع أنّهما لا يعمّان المقام،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 4: 312.

الخامس: فى اللواحق، وهى مسائل:

الأولى: يجب على السارق اعاده العين المسروقه، وان تلفت اغرم مثلها أو قيمتها ان لم يكن لها مثل، وان نقصت فعليه ارش النقصان، ولو مات صاحبها دفعت الى ورثته، وان لم يكن له وارث فالى الامام[1].

الشَرح:

لعدم كون الحدّ فى المقام ضرباً وكون حدّ السرقه من حقوق الناس فيه ما يأتى.

وعلى الجمله لا يمكن بهما رفع اليد عن اطلاق ما دلّ على عدم الضمان فى قتل القصاص أو الحدّ.

[1] وذلک فانّ يد السارق على العين المسروقه من يد العدوان فيجب ردّ العين الى مالكها مع عدم تلفها ومعه ردّ مثلها أو قيمتها، على ما هو المقرّر فى باب ضمان المثلى أو القيمى، سواء قطعت يده بهذه السرقه أم لا.

وفى صحيحه سليمان بن خالد، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «اذا سرق السارق قطعت يده وغرم ماأخذ»(1)، وفى موثقه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام ، «يتبع السارق بسرقته وان قطعت يده ولا يترک ان يذهب بمال أمره مسلم»(2).

وعلى ما ذكر فان حدث فى يده أو يد الآخر ممّن أخذ العين منه نقصان وعيب فى العين ضمنه، كما هو الحال فى ضمان الغاصب نقص العين المغصوبه فيردّ العين أو البدل الى مالكها مع حياته، ومع فرض مماته يجب الدفع الى ورثته، ومع عدم وجدان الوارث يجرى عليه حكم مال من لا يوجد له وارث، فيدفع الى الإمام عليه السلام أو من يدفع اليه مال الإمام من سائر الاموال، على ما هو المقرّر فى بابى الخمس والإرث.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 500.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 10 من أبواب حد السرقه، الحديث 4: 501.

حكم ما لو تكررت السرقه ثم أخذ

الثانيه: إذا سرق اثنان نصاباً ففى وجوب القطع قولان، قال فى النهايه: يجب القطع[1]، وقال فى الخلاف: إذا نقب ثلاثه فبلغ نصيب كل واحد منها نصاباً قطعوا، وان كان دون ذلک فلا قطع والتوقف أحوط.

الثالثه: لو سرق ولم يقدر عليه ثم سرق ثانيه قطع بالأخيره[2] واغرم المالين،

الشَرح:

[1] إذا اشترک اثنان أو اكثر فى سرقه النصاب بأن اخرجا معاً العين من محرزه بعد هتكهما المحرز، قال فى النهايه: يقطع يد كل واحد، وهو المحكى عن المفيد والمرتضى وجميع اتباع الشيخ، بل عن المرتضى فى الانتصار وصاحب الغنيه دعوى الاجماع عليه.

ويستدلّ على ذلک بصحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام ،قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى نفر نحروا بعيراً فأكلوه فامتحنوا أيّهم نحروا، فشهدوا على انفسهم أنّهم نحروه جميعاً لم يخصّوا أحداً دون احد فقضى ان تقطع ايمانهم»(1).

أقول: ظاهر ما ورد فى اعتبار النصاب أن يكون المال الذى سرقه السارق بذلک المقدار، وان كلّ من سرق النصاب يقطع واستناد السرقه الواحده الى المتعدد مقتضاه سرقه كلّ منهم بعض النصاب لاتمامه.

وأمّا صحيحه محمّد بن قيس فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم المزبور، فانّها قضيه فى واقعه يمكن أن يبلغ سهم ما سرقه كلّ منهم بمقدار النصاب، أضف الى ذلک أنّ ما فى السؤال فامتحنوا أيّهم نحروا الخ، يناسب ضمان كلّ واحد لا سرقه كل منهم، فلا موجب لما ذكر الماتن من أنّ التوقف احوط.

[2] إذا تكرّرت السّرقه من شخص وأخذ بعد السرقه الاخيره فشهدت البيّنه بالسرقه الاولى والاخيره، أو شهدت بينه بالاولى وبيّنه اخرى بالاخيره يقطع يده

1- (1) الوسائل: 18، الباب 34 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 531.

ولو قامت الحجه بالسرقه ثم امسكت حتى قطع ثم شهدت عليه بالأخرى، قال فى النهايه: قطعت يده بالاولى ورجله بالثانيه استناداً الى الروايه، وتوقف بعض الاصحاب فيه، وهو اولى .

الشَرح:

اليمنى فقط بلا خلاف بين الاصحاب، وهل القطع بالسّرقه الاولى أو بالاخيره أو بهما معاً فكلماتهم مختلفه، فانّ المحكى عن المقنع والفقيه والكافى والقواعد انّه بالاولى، وعن الماتن أنّه بالاخيره، وظاهر المسالک انّه بهما، لأنّ كلاّ منهما موجب تام للقطع، فمع اجتماعهما يتداخلان.

ويقال: تظهر الثمره فيما إذا عفى عنه المسروق منه اوّلاً، فانّه مع عفوه لا يقطع يمناه لأنّ الموجب لقطع يده السّرقه منه، والمفروض انّه عفى عنه، والثانيه لا توجب القطع، بخلاف ما إذا قيل بأنّ القطع بالثانيه أو بالتداخل فانّه مع عفوه يقطع، لأنّ السرقه الثانيه هى الموجب للقطع أو أنها الموجب ايضاً.

ولكن لا يخفى أنّ صحيحه بكير بن اعين وان كانت ظاهره فى القطع بالاولى، وكونها واجده لما هو المعتبر فى قطع السارق والسرقه بعد ثبوتها عند الحاكم قابله للعفو إذا كان الثبوت بلا مرافعه المسروق منه كما يأتى، ولكن من المحتمل جدّاً أن يكون المراد بالقطع بالاولى عدم قطع رجله بالسرقه الاخيره، لا أنّها لا توجب اليد، وعليه فلا يسقط حدّ القطع إذا عفى عنه المسروق منه أوّلاً.

قيل لأبى جعفر عليه السلام فى رجل سرق فلم يقدر عليه ثم سرق مره اخرى ولم يقدر عليه وسرق مرّه اخرى فأخذ فجاءت الببنه فشهدوا عليه بالسرقه الاولى والاخيره، فقال: «تقطع يده بالسرقه الاولى ولا يقطع رجله بالسرقه الاخيره»، فقيل له: وكيف ذلک؟ قال: «لأنّ الشهود شهدوا جميعاً فى مقام واحد بالسرقه الاولى والاخيره قبل ان يقطع بالسرقه الاولى، ولو أنّ الشهود شهدوا عليه بالسرقه الاولى

قطع السارق موقوف على مطالبه المسروق منه

الرابعه: قطع السارق موقوف على مطالبه المسروق منه[1]، فلو لم يرافعه لم يرفعه الامام وان قامت البينه، ولو وهبه المسروق منه يسقط الحدّ وكذا اذا عفى عن القطع، فاما بعد المرافعه فانّه لا يسقط بهبه ولا عفو.

الشَرح:

ثم امسكوا حتّى يقطع ثم شهدوا عليه بالسرقه الاخيره قطعت رجله اليسرى»(1).

وظاهر ذيلها أنّه لو امسک الشهود عن الشهاده بالاخيره الى ان قطع يده اليمنى بالسرقه الاولى المشهود بها ثمّ شهدوا بالاخيره، تقطع رجله اليسرى بالسرقه الاخيره التى وقعت قبل قطع يده اليمنى .

وذكر الماتن التوقّف عن العمل بظاهر الذيل، وانّه اولى، بل عن الشيخ فى المبسوط وابن ادريس والعلامه فى المختلف والتحرير نفى قطع رجله اليسرى بذلک، ولعلّ الموجب لذلک ظهور ما ورد فى قطع الرجل بالسرقه الثانيه وقوع تلک السرقه بعد القطع بالسرقه الاولى.

ولكن لا يخفى أنّ الظهور المزبور ظهور اطلاقى فى مقام البيان المعبر عنه بالاطلاق المقامى، والمراد بالظهور المزبور ما ذكر فى ان الموجب لقطع الرجل السرقه بعد قطع اليد دون غيرها، فيرفع اليد عن الظهور الاطلاقى بما ورد فى الصحيحه أنّ السرقه الاخرى إذا وقعت قبل القطع بالاولى، ولكن ثبوتها كانت بعد هذا القطع توجب قطع الرجل ايضاً.

[1] قد نسب الى المشهور اشتراط اقامه الحد على السارق بمرافعه المسروق منه، فلو لم يرافع السارق لم يجر عليه حد السرقه، حتّى ما إذا قامت البينه حسبه عند الحاكم بسرقته أو جاء السارق الى الحاكم وأقرّ على نفسه بسرقته.

ويستدلّ على ذلک بروايه الحسين بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سمعته

1- (1) الوسائل: 18، الباب 9 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 499.

....

الشَرح:

يقول: «الواجب على الامام إذا نظر الى رجل يزنى أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ ولا يحتاج الى بيّنه مع نظره، لأنّه امين اللّه فى خلقه وإذا نظر الى رجل يسرق ان يزبره وينهاه ويمضى ويدعه، قلت: وكيف ذلک؟ قال: لأنّ الحق إذا كان اللّه فالواجب على الامام اقامته وإذا كان للناس فهو للناس»(1).

وفى مقابل ذلک ما يدلّ على أنّ حدّ السرقه من حقوق اللّه، ولا يكون من قبيل حدّ القذف ولا من قبيل القصاص، وفى صحيحه الفضيل، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «من أقرّ على نفسه عند الإمام بحدّ من حدود اللّه فى حقوق المسلمين فليس على الإمام أن يقيم عليه الحد الذى أقرّ به عنده حتّى يحضر صاحب الحق أو وليه فيطالبه بحقّه، قال: فقال له بعض اصحابنا: يا ابا عبداللّه فما هذه الحدود التى إذا اقر بها عند الإمام مرّه واحده على نفسه اقيم عليه الحد فيها، قال: «إذا اقرّ على نفسه عند الإمام بسرقه قطعه، فهذا من حقوق اللّه الحديث»(2).

وحيث إنّ روايه الحسين بن خالد لا تخلو عن ضعف السند، فلا تصلح جعلها معارضه للصحيحه، بل على تقدير تعارضهما تقدّم الصحيحه لموافقتها لاطلاق الآيه المباركه الوارد فيها الأمر بقطع يد السارق والسارقه.

اضف الى ذلک ما تقدّم فى معتبره طلحه بن زيد من هبه على عليه السلام السارق يده بالعفو، وعللّ ذلک العفو بعدم ثبوتهابالبيّنه، ومقتضاه جواز قطع يد السارق باقراره على سرقته ولزومه بقيام البيّنه حتّى مع عدم حضور المسروق منه، كما لا يبعد أن يكون المفروض فى المعتبره عدم حضوره.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 344.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 344.

....

الشَرح:

نعم فى البين ما يدلّ على انّ للمسروق منه إذا وهب المال المسروق لسارقه أو عفى عنه، بأن لم يرفعه الى الحاكم سقط عنه الحدّ، فلو أراد بعد العفو رفعه الى الحاكم أو قامت عند الحاكم البيّنه بسرقته لم يقطع.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن الرجل يأخذ اللّص يرفعه أو يتركه، فقال: «ان صفوان بن اميّه كان مضطجعاً فى المسجد الحرام الى ان قال: فقال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله «فهلاّ كان قبل ان ترفعه الىّ»(1).

وفى موثقه سماعه بن مهران عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من أخذ سارقاً فعفا عنه فذلک له فاذا رفع الى الإمام قطعه، فان قال الذى سرق له: انا اهبه له لم يدعه الى الإمام حتّى يقطعه إذا رفعه اليه، وانما الهبه قبل ان يرفع الى الإمام، وذلک قول اللّه عزّ وجلّ «والحافِظونَ لحدُودِ اللّه»(2)، فاذا انتهى الحد الى الإمام فليس لا حد ان يتركه»(3).

ثم انّه يبقى الكلام فى معارضه مادلّ على عدم قطع السارق قبل مرافعه المسروق منه مع صحيحه الفضيل التى ورد فيها أنّ السارق إذا أقرّ بسرقته عند الإمام قطعه فانّها من حقوق اللّه، ولكن الصحيح ليس فى البين ما يدلّ على عدم القطع بالشهاده بالسرقه حسبه أو باقرار السارق، غايه ما تقدم نفوذ عفو المسروق منه عن السارق بعدم رفعه الى الحاكم او هبه المال ايّاه قبل الرفع، فيكون مقيداً لاطلاق صحيحه الفضيل.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 2: 330.
2- (2) التوبه 112.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 17 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 3: 330.

لو سرق مالاً ثم ملكه

فرع: لو سرق مالاً فملكه قبل المرافعه سقط الحدّ، ولو ملكه بعد المرافعه لم يسقط[1].

الخامسه: لو اخرج المال واعاده الى الحرز لم يسقط الحدّ لحصول السبب التام الموجب، وفيه تردّد، من حيث إنّ القطع موقوف على المرافعه وإذا دفعه الى صاحبه لم يبق له المطالبه[2].

ولو هتک الحرز جماعه واخرج المال أحدهم فالقطع عليه خاصه، لانفراده بالسبب الموجب، ولو قرّبه أحدهم واخرجه الآخر فالقطع على المخرج[3]، الشَرح:

[1] لما تقدّم من قول رسول اللّه صلى الله عليه و آله لصفوان بن اميّه بعد ما قال فانا أهبه له: «فهلاّ كان هذا قبل ان ترفعه الىّ»، فانه يستفاد من قوله صلوات اللّه وسلامه عليه وآله أن هبه المال لا تفيد فى سقوط الحد إذا كانت بعد المرافعه، ويفيد فى سقوطه إذا كانت قبلها، وحيث إنّ الهبه لا خصوصيه لها، والمراد تملک المال المسروق كانت بالهبه أو بغيرها يكون تملّكه قبل المرافعه مسقطاً للحد وغير مسقط بعدها.

[2] لو قيل بأنّ اقامه الحدّ على السارق موقوف على المرافعه ومطالبه المسروق منه ماله عند الحاكم، فمع ردّ المال الى حرزه لا يكون موجب للمرافعه بمطالبه المسروق منه ماله، بل يخرج السارق عن الضمان بالرّد المزبور، لأنّ الاعاده الى الحرز يحسب من ردّ المال على مالكه.

وأمّا إذا قيل بعدم توقف اقامته عليه على المرافعه فلا موجب لسقوط الحدّ وان خرج السارق عن ضمان المال، حيث انّ غايته ردّ المال على مالكه.

وأمّا إذا قيل بعدم توقف اقامته عليه على المرافعه فلا موجب لسقوط الحدّ وان خرج السارق عن ضمان المال، حيث انّ غايته ردّ المال على مالكه.

[3] قد تقدّم أنّ الموجب لحدّ السرقه هتک حرز المال واخراجه منه، وبما

ص :333

وكذا لو وضعها الداخل فى وسط الثقب وأخرجها الخارج ، وقال فى المبسوط: لا قطع على احدهما، لأنّ كل واحد لم يخرجه عن كمال الحرز.

السادسه: لو اخرج قدر النصاب دفعه وجب القطع، ولو اخرجه مراراً ففى وجوبه تردّد، أصحّه وجوب الحد[1]، لأنّه اخرج نصاباً، واشتراط المره فى الاخراج غير معلوم.

الشَرح:

أنّ الاخراج فى الفرض من أحد الهاتكين فيتمّ الموجب للحد فى حقّه دون غيره، وكذا إذا اقرّب المال أحدهم الى الاخراج من داخل المحرز، وأخرجه من ذلک الموضع غيره، فالقطع على المخرج بعد كونه ممّن هتک الحرز ولا يقطع على من قرّبه الى الموضع المزبور، لأنّه لم يخرج المال عن محرزه، فيكون نظير من رفع المال عن موضع من المحرز ووضعه فى موضع آخر من ذلک المحرز فى عدم صدق الموجب للحد عن الرفع والوضع المزبورين.

وأمّا إذا هتک الحرز اثنان أو اكثر ودخل احدهم المحرز ووضع المال فى وسط النقب الذى هتكوا به المحرز وأخذ الخارج، فالمشهور على ما قيل انّ القطع على الثانى، وأمّا الذى وضع المال فى وسط النقب فلا قطع عليه، لأنّه لم يخرج المال عن حرزه، وقال فى المبسوط: أنّه لا قطع على احد منهما لأنّ كلّ واحد لم يخرجه عن حرزه الكامل.

ولكن لا يبعد أن يحسب وسط النقب فى بعض الصور من توابع الحرز فيكون القطع على المخرج منه.

[1] ظاهر ما دلّ على تعلّق القطع فى سرقه النصاب أن يكون سرقته بالسرقه الواحده عرفاً، وكون السرقه واحده لا ينافى اخراج المال عن محرزه بعد هتكه بدفعات، وإذا كان اخراجه بالسرقات، سواء كان المسروق منه شخصاً واحداً أو

السابعه: لو نقبّ واخذ النصاب واحدث فيه حدثاً ينقص به قيمته عن النصاب ثم اخرجه، مثل ان خرق الثوب أو ذبح الشاه فلا قطع[1]، ولو اخرج نصاباً فنقصت قيمته قبل المرافعه ثبت القطع.

الشَرح:

شخصين، فلا قطع إذا لم يبلغ المال فى كل سرقه بمقدار النصاب، ولو اخرج مالين من محرز بعد هتكه احدهما لشخص والآخر لآخر، وقد بلغ مجموعهما النصاب قطع كما لو سرق مالين فى سرقتين وكانا لشخص واحد لم يقطع إذا لم يبلغ كل منهما النصاب.

[1] إن كان إحداث الحدث فى المال الموجب لنقصان قيمته عن النصاب قبل اخراجه من الحرز، كما إذا خرق الثوب قبل الاخراج أو ذبح الشاه قبله فلا قطع، فانّه وان يضمن الحدث حيث انّه من اتلاف الوصف فيه إلاّ انّ الحد يتعلّق بالسارق إذا اخرج النصاب عن حرزه بعد هتكه، ولا يكون ذلک مع احداث الحدث فيه فى حرزه بحيث يسقط قيمته عن النصاب.

وممّا ذكر يظهر الحال فيما حدث فى المال حدث فى حرزه بأمر لا ينسب اليه، فانّه لا يكون حدّ لعدم اخراجه النصاب، بخلاف ما إذا اخرجه عن حرزه ثمّ احدث فيه أو حدث فيه نقص يوجب نقصانه عن النصاب فانّه يقطع، حيث إنّ الموضع لتعلّق الحد اخراج النصاب عن حرزه بعد هتكه، بلا فرق بين تلف المال بعده أو تلف وصفه أم لا.

ويترتّب على ذلک لو لم يكن المال عند اخراجه عن محرزه بعد هتكه بمقدار النصاب ثمّ زادت قيمته وصار بمقدار النصاب لم يقطع، سواء كان الموجب لزياده قيمته زياده العين أو القيمه السوقيه.

الثامنه: لو ابتلع داخل الحرز ما قدره نصاب كاللؤلؤه، فان كان يتعذر اخراجه فهو كالتالف فلا حدّ[1]، ولو اتفق خروجها بعد خروجه فهو ضامن، وان كان خروجها ممّا لا يتعذر بالنظر الى عادته قطع، لانّه يجرى مجرى ايداعها فى الوعاء.

الشَرح:

[1] وممّا ذكر فى المسأله السابقه من أنّ الموضع لتعلّق الحد بالسارق اخراجه المال عن حرزه مع كون المال المخرج عند اخراجه بالغاً نصاب القطع، فانّه إذا كان المال بحيث يعدّ عند ابتلاعه تالفاً نظير المال الواقع فى البحر، فلا موضع للقطع لعدم الماليه لما ابتلعه، وان اتفق بعد ذلک خروجه عن موضع خروج غايطه أو غيره وعوده الى الماليه، فانّ الشىء لم يخرج عن حرزه مالاً وان يجب ردّه على مالكه إلاّ ان يعطى بدله قبل ذلک.

وأمّا إذا لم يعدّ بالبلغ تالفاً وكان عند خروجه عن المحرز باقياً على ماليه مع كونه فى معدته يقطع وان اتفق عدم خروجه، لأنّ سقوطه وتلفه كان بعد الاخراج، اللّهم إلاّ أن يقال: اتفاق عدم يكشف عن تلفه بالبلغ، وفيه تأمّل، فانّ الاتفاق المزبور نظير المتاع فى السفينه التى اتّفق غرق السفينه بعد ذلک.

الباب السادس: فى حدّ المحارب.

تعريف المحارب

المحارب كلّ من جرّد السلاح لاخافه الناس فى بر أو بحر، ليلاً كان أو نهاراً، فى مصر وغيره[1]، وهل يشترط كونه من اهل الريبه، فيه تردّد، اصحّه انه لا يشترط مع العلم بقصد الاخافه.

الشَرح:

[1] تعرّض قدس سره لبيان المراد من المحارب الوارد حدّه فى الكتاب المجيد، وقال: كل من جرّد السلاح لا خافه الناس فهو محارب، بلا فرق بين كون تجريده لا خافتهم فى المصر أو غيره، فى البرّ أو البحر، ولا يعتبر فى كونه محارباً كونه من أهل الريبه، بل لو علم أنّ قصده من تجريده السلاح اخافه الناس يدخل فى المحارب وان لم يكن من اهل الريبه.

أقول: تجريد السلاح أى اخراجه من وعائه وغمده بخصوصه غير معتبر، بل المعتبر اظهاره وشهر سلاحه لا خافه الناس، كما يدلّ عليه ما فى صحيحه محمّد بن مسلم من قوله عليه السلام : «من شهر السلاح فى مصر من الامصار فعقر اقتصّ منه»(1)، حيث يعلم من قوله عليه السلام : «فعقر»، كون غرضه من اشهار السلاح الجنايه، وأقلّ مرتبتها اخافه الناس وتبديل أمنهم الى الاضطراب والرعب فيهم الموجب لصدق الفساد فى الارض.

وإذا كان تجريد السلاح وشهره لا يجاد الأمن فى مجامع الناس واخافه الجانين والمفسدين فيها، فلا يدخل فى عنوان المحارب المعبّر عن جماعتهم في الآيه المباركه: «الذينَ يُحارِبُونَ اللّه َ وَرَسولَهُ وَيَسْعَونَ فى الأرْضِ فَساداً»ا(2).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المحارب، الحديث 1: 532.
2- (2) المائده: 33.

....

الشَرح:

وممّا ذكر يظهر أنّه لا يعتبر كون تجريد السلاح وشهره فى خصوص مصر من الامصار، بل لو فعل ذلک خارج البلاد فى الطرق والقرى والقصبات، لدخل فى المحارب الوارد فى الآيه والروايات، وذكر مصر من الامصار فى الصيحيه لكونها مجتمع الناس الابرياء المحترم اموالهم واعراضهم ونفوسهم .

ولو فرض تجريد سلاحه واظهاره لغرض آخر من غير أن يكون قصده الجنايه على الناس واخافتهم، كما إذا كان للخوف على نفسه من عدوّه لم يدخل فى المحارب حتّى لو اتّفق خوف الناس بذلک، كما أنّه لو قصد الاخافه ولكن لم يترتب عليه الخوف لوجود الحرّاس للأمن بين الناس وضعفه عن مقاومتهم يدخل فى عنوان المحارب لسيعه الى الفساد فى الارض، وما فى الروضه من أن الحدّ يتعلّق بتجريد السلاح قصد الاخافه أم لا يمكن المساعده عليه.

نعم، ذكر بعض الاصحاب أنّه إذا كان تجريد السلاح وشهره ممّن هو من اهل الريبه لم يعتبر قصد الاخافه والجنايه، لصحيحه ضريس عن أبى جعفر عليه السلام : «من حمل السلاح بالليل فهو محارب إلاّ أن يكون رجلاً ليس من اهل الريبه»(1)، وقد استظهر بعض من هذه الروايه اعتبار كون شاهر السلاح أو حمله بقصد الاخافه ممّن هو من اهل الريبه، ولو فصد الاخافه من لا يكون من اهل الريبه لا يتعلّق به الحد الآتى.

ولكن لا يخفى ما فى الاستدلال والاستظهار، فان ظاهر الروايه أنّ مجرّد حمل السلاح فى الليل كاف فى الحكم بكونه لقصد الجنايه، إلاّ أن لا يكون

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد المحارب، الحديث 1: 537.

ويستوى فى هذا الحكم الذكر والانثى ان اتفق[1]،

الشَرح:

الحامل من أهل الريبه، وعلى الجمله إذا احرز ان حمل السلاح أو تجريده وشهره لغرض صحيح لا يكون الحامل والشاهر من المحارب.

[1] المشهور عدم الفرق فى تعلّق الحدّ بالمحارب بالمعنى المتقدم بين كونه ذكراً أو انثى، فانّ تحقق ما تقدّم من الانثى تعلق بها الحد للمحاربه، والمحكى عن ابن الجنيد الاختصاص بالذكور.

وقد حكى فى السرائر عدم الفرق بين الذكر والانثى عن الشيخ فى الخلاف والمبسوط، وقال: هذان الكتابان معظهما فروع المخالفين وعدم الفرق فى المقام قول بعض العامه ولم اجد لأصحابنا المصنّفين قولاً بقتل النساء فى المحاربه، والذى يقتضى اصل مذهبنا ان لا يقلن إلاّ بدليل قاطع، ثم شرع فى المناقشه فى استدلال الشيخ قدس سره على عدم الفرق بانّه لا عموم فى الآيه والاشتراک فى سائر موارد الخطابات الموجّهه الى الرجال ثبت بالاجماع.

ولكن فى السرائر بعد ذلک بما يزيد على الصفحه يسيراً: قال قلنا إنّ احكام المحاربين تتعلّق بالنساء والرجال، سواء على ما تقدم من العقوبات لقوله تعالى: «إنّما جَزاءُ الَّذينَ يُحارِبُون» الآيه، ولم يفرق فيها بين الرجال والنساء، فوجب حملها على العموم، وفى الجواهر أنّ مثل هذا التناقص فى كلامه لعلّه من العقوبه على سوء أدبه مع الشيخ وغيره من اساطين الطائفه.

وعلى الجمله الصحيح عدم الفرق فى تعلّق حدّ المحاربه بين الرجل والمرأه، ولا لإطلاق الآيه، فانّه يمكن دعوى عدم شمولها للانثى بمقتضى التعبير فيها «الَّذين»، وان يتبادر الى الاذهان انّ التعبير المزبور كالتعبير فى غالب الخطابات يتضمّن الحكم العام على الذكر والانثى، بل للإطلاق فى مثل صحيحه

وفى ثبوت هذا الحكم للمجرّد هذه العباده ليست فى الشرايع مع ضعفه عن الاخافه تردد، اشبهه الثبوت، ويجتزى ء بقصده، ولا يثبت هذا الحكم للطليّع ولا للردء[1].

وتثبت هذه الجنايه بالاقرار ولو مرّه[2]، وبشهاده رجلين عدلين، ولا يقبل

الشَرح:

محمّد بن مسلم: «من شهر السلاح فى مصر من الامصار»، وفى غيرها: «من حارب اللّه وأخذ المال»، الى غير ذلک.

[1] المنسوب الى الأصحاب أنّه لا يثبت حكم المحارب للطيع، وهو المراقب للمارّه ليخبر قطاع الطريق بمرورهم أو المراقب لمن يخاف على قطاع الطريق واللصوص منه، وكذا لا يثبت حكمه للردء بكسر الراء، وهو المعين لقطاع الطريق فى ضبط الاموال ونحوه.

وما تقدم فى تعريف المحارب، وهو من جرّد السلاح وشهره لا خافه الناس لا يعمّهما، ولكن يمكن أن يدّعى أنّ الوارد فى الآيه المباركه يعمّهما إلاّ ان الدعوى غير صحيحه للقطع بانّ المراد من «الَّذينَ يُحارِبُونَ اللّه وَرَسُولَهُ وَيَسْعَونَ فى الأرضِ فَساداً(1)»ليس هو الاطلاق، حيث إنّ اطلاقها يعم كلّ من هو فاسق وفاجَر، حيث إنّ العصيان محاربه اللّه ورسوله عملاً وفساد فى الارض، فلابدّ من الاقتصار على المتيقن، وهو ما ذكر فى الروايات كصحيحه محمّد بن مسلم وغيرها، والطليع والردء لا يدخلان فى المذكور فى تلک الروايات.

[2] ذكر فى الجواهر أنّه لم يجد من اعتبر تعدّد الاقرار فى خصوص المقام، نعم ذكر بعضهم كما فى المراسم والمختلف انّ كل حدّ يثبت بشهاده عدلين يعتبر فى ثبوته بالاقرار الاقرار مرتين.

أقول: قد تقدّم الوجه فى اعتبارهم الاقرار بمرتين، وذكرنا ضعفه وأنّه لا يرفع

1- (1) المائده: 33.

شهاده النساء فيه منفردات ولا مع الرجال، ولو شهد بعض اللصوص على بعض لم يقبل، وكذا لو شهد المأخوذون بعضهم لبعض، أمّا لو قالوا: اعرضوا لنا أو أخذوا هؤلاء قبل، لأنّه لا ينشاء من ذلک تهمته تمنع الشهاده[1].

الشَرح:

اليد عن اطلاق ما دلّ على نفوذ الاقرار وما دلّ على ثبوت الحدود بالاقرار مرّه ولكن العجب من الماتن وغيره حيث فرّقوا المقام عن سائر الحدود، فاعتبروا فيها مرتين واكتفوا فى المقام بالاقرار مرّه.

أمّا ثبوت بالبينّه فقد تقدّم اعتبارها فى كلّ مقام غير ما ثبت فيه عدم كفايته كالزنا ونحوه، وتقدّم ايضاً انّه لا تقبل فى الحدود شهاده النساء لا منفردات ولا منضمات غير ما ورد فيه النص الخاص، كما فى الزنا حيث تقبل شهادتهن بالانضمام الى الرجال.

[1] تقدّم فى كتاب الشهادات أنّهم اعتبروا فى قبول الشهاده زائداً على عداله الشاهد عدم التهمه فى شهادته وادخلوا عدم سماع شهاده المأخوذين منهم المال فى التهمه فى شهادتهم، وأمّا اللصوص فعدم سماع شهاده بعضهم على البعض لفسقهم، وامّا اقرار كل على نفسه فهو خارج عن بحث الشهاده.

وأمّا المأخوذون إذا شهد بعضهم لبعض، سواء كان شهادتهم بقولهم انّ هؤلاء اخذوا منّا المال، أو قالوا أخذوا منا كذا وكذا ومنهم كذا وكذا، أو قالوا أنّهم تعرضوا لنا ولكن اخذوا المال منهم، ففى جميع ذلک لا تقبل شهادتهم، وبعضهم كالماتن قدس سره فرّق بين الفرضين الاولين وبين الأخير، فذكر قبول شهادتهم فى الفرض الاخير وعلّله بعدم حصول التهمه فى شهادتهم حيث لم يدّعوا شيئاً لأنفسهم.

ويستدلّ على عدم القبول بروايه محمّد بن الصلب قال: سألت أبا الحسن

وحدّ المحارب [1]القتل أو الصلب أو القطع مخالفاً أو النفى، وقد تردّد فيه الاصحاب، فقال المفيد بالتخيير، وقال الشيخ أبو جعفر رحمهم الله بالترتيب، يقتل ان قتل، الشَرح:

الرضا عليه السلام عن رفقه كانوا فى طريق فقطع عليهم الطريق وأخذوا اللصوص، فشهد بعضهم لبعض، قال: «لا تقبل شهادتهم إلاّ بالاقرار من اللصوص أو شهاده من غيرهم عليهم»(1).

ولكن الروايه بحسب السند لا تخلوا عن ضعف، فانّ محمّد بن الصلت لم يثبت له توثيق ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعده عليها، فانّه قد تقدّم فى بحث الشهادات ان يكون المستند للمشهور ما ورد فى عدم قبول شهاده ذى الشحناء للمدّعى عليه أو عدم قبول شهاده المتهّم، ولذا ذكرنا أنّ الاظهر قبول شهاده بعض الرّفقه لبعض آخر فى الفروض الثلاثه، نعم شهادتهم فى الفرضين الاولين غير مسموعه بالاضافه الى ما يدّعون لنفسهم، فانّ على المدعى أن يأتى بالشاهد بدعواه، ولا يمكن ان يصير شاهداً بدعوى نفسه.

نعم، إذا شهد بعضهم لبعض وشهد الشهود لهم كلّهم أو اثنان منهم للشاهدين أو الشهود بأنهم ايضاً أخذوا بأموالهم تقبل شهادتهم، نظير شهاده بعض الغرماء لبعض وشهاده ذلک البعض للشهود، ونظير شهاده عدلين بالوصيه من التركه لجمع وشهاده الجمع المزبور للشاهدين ايضاً بالوصيه منها لهما، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] الوارد فى الكتاب المجيد فى حدّ المحارب القتل أو الصلب أو القطع من خلاف، يعنى قطع اليد اليمنى أو الرجل اليسرى أو النفى، واختلفوا فى أنّ الامور الاربعه على التخيير، وأن ولىّ الأمر مخيّر فى اجراء أىّ من الامور الاربعه،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 27 من أبواب الشهادات، الحديث 2: 272.

ولو عفى ولى الدم قتله الامام، ولو قتل واخذ المال استعيد منه، وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ثم قتل وصلب، وان أخذ المال ولم يقتل قطع مخالفاً ونفى، ولو جرح ولم يأخذ المال اقتص منه ونفى، ولو أقتصر على شهر السلاح نفى لا غير.

واستند فى التفصيل الى الاحاديث الداله عليه، وتلك الاحاديث لا تنفكّ عن ضعف فى اسناد أو اضطراب فى متن أو قصور فى دلاله، فالأولى العمل بالأول تمسكاً بظاهر الآيه.

الشَرح:

كما عليه المفيد والصدوق والحلىّ والمنسوب الى اكثر المتأخرين، أو أنها على الترتيب بحسب اختلاف جنايه المحارب، كما عليه الشيخ والمنسوب الى الاسكافى والتقى وابن زهره، بل ادّعى عليه الاجماع.

والمستند فى التخيير كلمه أو فانّ ظاهر التخيير، خصوصاً بملاحظه ما ورد فى صحيحه حريز عن أبى عبداللّه عليه السلام : «وكلّ شىء فى القرآن أو، فصاحبه بالخيار يختار ما شاء»، وهذه الصحيحه وارده فى كفّاره حلق الرأس فى الاحرام.

ولما ورد فى صحيحه جميل بن دراج قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن قول اللّه عزّ وجلّ: «إنّما جزاءُ الَّذينَ يُحارِبُونَ اللّه َ وَرَسُوله وَيَسْعَونَ فى الأرضِ فَساداً انْ يُقْتَلُوا أو يُصَلَّبوا أو تُقَطَ َعَ أيْدِيهمْ وَأرْجُلُهُمْ»(1) الى آخر الآيه، أى شىء عليه من هذه الحدود التى سّمى اللّه عزّ وجلّ، قال: «ذلک الى الإمام ان شاء قطع وان شاء نفى وان شاء صلب وان شاء قتل، قلت: النفى الى أين؟ قال: من مصر الى آخر الحديث»(2).

ولكن فى مقابل ذلک صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «من شهر السلاح فى مصر من الامصار فعقر اقتصّ منه ونفى من تلک البلد، ومن شهر

1- (1) المائده: 33.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المحارب، الحديث 3: 533.

....

الشَرح:

السلاح فى مصر من الامصار وضرب وعقر وأخذ المال ولم يقتل فهو محارب فجزاءه جزاء المحارب، وأمره الى الإمام ان شاء قتله وصلبه وان شاء قطع يده ورجله، قال: وان ضرب وقتل وأخذ المال فعلى الإمام أن يقطع يده اليمنى بالسرقه ثم يدفعه الى اولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه»، قال: فقال له أبو عبيده: أرأيت ان عفا عنه اولياء المقتول، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام : «ان عفوا عنه كان على الإمام أن يقتله لانّه قد حارب وقتل وسرق»، قال: فقال أبو عبيده: أرأيت ان اراد اولياء المقتول أن يأخذوا منه الديه منه الديه ويدعونه ألهم ذلک، قال: «لا عليه القتل»(1).

وظاهر هذه الصحيحه: من شهر سلاحه وجرح اقتصّ من جنايه ونفى من البلد إذا لم يأخذ المال، من غير فرق بين تمكّنه من أخذه وعدمه، وإذا جرح وأخذ المال فالإمام مخيّر فان شاء قتله وصلبه وان شاء قطع يده اليمنى ورجله اليسرى، وإذا أخذ المال وقتل يقطع الإمام يده اليمنى للسرقه، ويدفعه الى اولياء المقتول للاقتصاص منه، وان عفوه قتله الإمام حدّاً ولا يجوز لأولياء المقتول أخذ الديه منه ويتركونه يعيش.

ولكن يبقى فى البين فروض:

منها: يشهر سلاحه من غير ان يجرح أو يأخذ المال، ولا يبعد أن يكون المستفاد من الصحيحه أنّه ينفى، فانّه إذا جرح يكون الاقتصاص على جرحه ونفيه لشهره السلاح على ما هو المتفاهم العرفى.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المحارب، الحديث 10: 533.

....

الشَرح:

ومنها: ما إذا شهر السلاح وأخذ المال من غير أن يورد جرحاً أو يقتل، ويدلّ على حكم هذا روايه على بن حسان، وأنّه يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، روى على بن ابراهيم فى تفسيره، عن أبيه، عن على بن حسان، عن أبى جعفر عليه السلام : «من حارب وأخذ المال وقتل كان عليه أن يقتل أو يصلب ومن حارب فقتل، ولم يأخذ المال كان عليه أن يقتل ولا يصلب ومن حارب وأخذ المال ولم يقتل، كان عليه أن يقطع يده ورجله من خلاف ومن حارب، ولم يأخذ المال ولم يقتل كان عليه ان ينفى».

ووجه دلالتها أنّ قوله عليه السلام فيها: «ومن حارب وأخذ المال ولم يقتل كان عليه ان يقطع يده ورجله من خلاف»، مطلق يشمل صوره ايراد الجرح وعدمه، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بما ورد فى صحيحه محمّد بن مسلم، من أنّه إذا شهر سلاحه وجرح وأخذ المال ولم يقتل فللإمام أن يقتله أو يصلبه أو قطع يده ورجله من خلاف، فيكون الحدّ مع عدم ايراد الجرح قطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ومع ايراد الجرح يكون الإمام مخيّراً بين القطع المزبور وبين قتله وصلبه.

ومنها: ما إذا قتل ولم يأخذ المال، وحكمه ايضاً مستفاد من روايه على بن حسان، وهو أنّه يقتل ولا يصلب.

وعلى الجمله ما ذكرنا من التفصيل فى حدّ المحارب نتيجه الأخذ بصحيحه محمّد بن مسلم وراويه على بن حسان، والجمع بينهما برفع اليد عن اطلاق احدهما بالتقييد الوارد فى االاخرى والترتيب فى الحد كما تقدم، وان كان منافياً لظهور صحيحه جميل بن دراج المتقدّمه الظاهره فى التخيير بين الامور الاربعه، إلاّ أنّه لابدّ من رفع اليد عن ظهورها وحملها على أنّ مشيه الإمام فى اختيار الجزاء

....

الشَرح:

بحسب اختلاف جنايه المحارب والموجب.

ولهذا الحمل قرينه، صحيحه بريد بن معاويه، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن قوله اللّه عزّ وجلّ: «وَأنّما جَزاءُ الَّذينَ يُحاربُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ»، قال: «ذلک الی الإمام يفعل ما شاء»، قلت: فمفوض ذلک اليه؟ قال: «لا، ولكن نحو الجنايه»(1).

فانّ صرحه هذه بأنّ مشيه الإمام فی اختيار الجزاء منوط باختلاف جنايه المحارب توجب حمل المشيه فی صحيحه جميل ايضاً علی ذلک، وأمّا سائر الروايات الوارده فی الباب فلضعفها سنداً لا يمكن الاعتماد عليها.

لا يقال: ما تقدّم من التفصيل بناء علی العمل بروايه علی بن حسان والعمل بها مشكل، حيث إنّ علی بن حسان مشترک بين الوسطی الثقه وبين الهاشمی الضعيف.

فانه يقال: الظاهر انّ الواقع فی السند علی بن حسان الوسطی، فانّ غالب روايات الهاشمی عن عمّه عبدالرحمن بن كثير، وقد ذكر علی بن حسن بن فضال ذلک معرّفاً، ويؤيّده أنّ علی بن ابراهيم لم يذكر فی تفسير الآيه غير ما رواه عن أبيه، عن علی بن حسان، ومع ذكره فی تفسيره أنّه يروی ما يورد فی تفسير الآيات عن الثقات.

لا يقال: ما ذكر من التفصيل فی حدّ المحارب وبكون الإمام مخيّراً فيما إذا شهر وجرح وأخذ المال بين قطع يده اليمنی ورجله اليسری وبين قتله وصلبه، مخالف للقول بالتخيير والقول بالتفصيل، ولا يمكن الالتزام به.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المحارب، الحديث 2: 533.

....

الشَرح:

فانه يقال: لا يضر عدم فتواهم بالتفصيل المزبور، حيث أنّه لحسبان المعارضه والاختلاف فى مدلول الروايات، ومع بيان عدم المعارضه ووجود الجمع العرفى بين الروايات المعتبره بلتزم بالمستفاد منها.

ثم أنّه يبقى فى البين حكم ما شهر السلاح وقتل ولكن لم يكن المقتول كفواً للقاتل، كما إذا كان المقتول كافراً ذمياً أو عبداً، ولا يبعد الالتزام بأنّه إذا أخذ المال يقتل أو يصلب أخذاً بالاطلاق فى معتبره على بن حسان، حيث ورد فيها: «من حارب اللّه وأخذ المال وقتل كان عليه أن يقتل أو يصلب».

وأمّا مع عدم أخذه المال يمكن أن يقال يقتل ايضاً ولا يصلب للأخذ ايضاً بما ورد فيها: «ومن حارب وقتل ولم يأخذ المال عليه أن يقتل ولا يصلب»، فانّ اطلاقه يعمّ ما إذا كان المقتول غير كفو لقاتله، وما دلّ على اعتبار الكفائه، يختصّ بالقصاص ولا يجرى فى القتل حداً.

لا يقال: على ذلک كلّ من قتل كافراً ذمياً بسلاح شهره عليه أو قتل عبداً بسلاح كذلک، فهو محارب فيقتل.

فانّه يمكن الفرق بين من شهر سلاحه فى الناس لاخافتهم والجنايه فيهم، فصادف ان جنى على كافر ذمّى أو على عبد وبين من شهر سلاحه على احد ليقتله فقتله، فانّ الثابت فى الثانى القصاص، ولا يدخل القاتل فى المحارب بخلاف الاوّل، فانّه محارب يتعلّق به حدّ المحارب، ولا يعتبر الكفائه فى القتل حدّاً، ولكن ظاهر الماتن فى المسأله الآتيه أنّه مع عدم أخذ اخذ المحارب المال يجرى على قتله القود، فيعتبر فى قتله الكفائه إذا كان عدم أخذه المال لعدم قصده.

وهاهنا مسائل:

الاولى: اذا قتل المحارب غيره طلباً للمال تحتم قتله قوداً ان كان المقتول كفواً، ومع عفو الولى حدّ سواء كان المقتول كفواً أو لم يكن، ولو قتل لا طلباً للمال كان كقاتل العمد وأمره الى الولى[1]، وأمّا لو جرح طلباً للمال كان القصاص الى الولى، ولا يتحتم القصاص فى الجرح بتقدير ان يعفو الولى، على الاظهر.

الثانيه: اذا تاب قبل القدره عليه سقط الحدّ[2]، ولم يسقط ما يتعلّق به من حقوق الناس، كالقتل والجرح والمال، ولو تاب بعد الظفر به لم يسقط عنه حدّ ولاقصاص ولا غرم.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّ من شهر سلاحه وقتل لا طلباً للمال يثبت عليه القصاص خاصه، فلو عفى عنه ولىّ الدم أو أخذ منه الديه صلحاً فلا يقتل حدّاً، وكذا إذا جرح الآخر، سواء كان جرحه طلباً للمال أو لغيره، فانّه يثبت للمجنى عليه حق القصاص خاصه، فان عفى أو أخذ الديه لا يثبت عليه الحدّ.

أقول: ما ذكره قدس سره فى فرض الجرح وعدم أخذ المال صحيح، فانّه لا دليل على تعلّق الجرح من جهه الحدّ ايضاً، بل غايته تعلّق النفى به حدّاً.

وأمّا ما ذكره فى فرض القتل لا طلباً للمال لا يمكن المساعده عليه، فانّه وان بنينا على عدم اطلاق الآيه المباركه وعدم التخيير فى حد المحارب، إلاّ ان مقتضى الاطلاق فى معتبره على بن حسان أنّ حدّه ايضاً القتل، حيث ذكر سلام اللّه عليه: «ومن حارب فقتل ولم يأخذ المال كان عليه القتل ولا يصلب»، فانّه يعم ما إذا كان شهر سلاحه للتعدّى على اعراض الناس وأمن بلادهم، كما تقدم الفرق بينه وبين الاعتداء على شخص أو جمع بقتلهم الموجب للقود خاصه.

[2] لا خلاف فى سقوط الحدّ عن المحارب بتوبته قبل أن يقدر عليه،

الثالثه: اللص محارب، فاذا دخل داراً متغلباً كان لصاحبها محاربته[1]،

الشَرح:

ويشهد لذلک الآيه المباکه: «إلاّ الَّذين تابُوا مِنْ قَبْلِ اَنْ تَقْدِروا عَلَيْهِمْ فاعْلَمُوا اَنَّ اللّه َ غَفُورٌ رَحيمٌ»(1)، وفى معتبره على بن حسان المتقدّمه: «يعنى يتوبوا قبل ان يأخذهم الإمام»(2).

وبما أنّ التوبه مسقطه للعقاب الاخرى، ولا فرق فى سقوطه بها قبل أن يقدر عليه أم بعده، يكون التقييد بالتوبه قبل أن يقدر ظاهره سقوط الحدّ، أضف الى ذلک ظاهر الاستثناء، حيث إنّ المستثنى منه الامور الاربعه التى تقدم أنّها حد المحارب الذى من حقوق اللّه.

وأمّا بالاضافه الى حقوق الناس من القصاص عن جنايته أو ضمانه المال فلا يحكم بسقوطه، أخذاً بما دلّ على ثبوتها فى المقام وغيره مع عدم الدلاله فى الآيه وغيرها على حكمها.

[1] إن كان المراد باللصّ مطلق السارق أو السارق بالسلاح فانّه إذا دخل دار الغير ويريد أخذ المال فيجوز قتله مع توقف الدفاع عليه، وفى موثقه أو معتبره الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام : «كان على بن أبى طالب عليه السلام يقول: من دخل عليه اللصّ فليبدره بالضربه فما تبعه من اثم فانا شريكه فيه»(3)، وفى معتبره السكونى، عن جعفر عن أبيه، قال: «انّ اللّه ليمقت العبد يدخل عليه فى بيته فلا يقاتل»(4) الى غير ذلک.

1- (1) المائده: 34.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المحارب، الحديث 11: 536.
3- (3) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 17.
4- (4) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 2.

....

الشَرح:

وعلى الجمله، الدفاع عن نفسه واهله وعرضه وماله أمر مشروح حتّى إذا احتمل تلف نفسه، وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من قتل دون مظلمه فهو شهيد»(1).

وفى صحيحه أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتل دون مظلمه فهو شهيد، ثم قال: أيا ابا مريم هل تدرى ما دون مظلمه، قلت: جعلت فداک الرجل يقتل دون أهله ودون ماله واشباه ذلک، قال: يا ابا مريم إنّ من الفقه عرفان الحق»(2).

وفى صحيحه محمّد بن مسلم: «ومن قتل دون ماله فهو شهيد»(3).

ولكن الكلام فى مقامين:

أحدهما: جواز الدفاع عن ماله وعدم وجوبه بخاف الدفاع عن نفسه أو عرضه فانّه يجب، وفى صحيحه الحسين بن أبى العلاء، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقاتل دون ماله، فقال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتل دون ماله فهو بمنزله الشهيد، فقلت: أيقاتل أفضل أو لا يقاتل، فقال: ان لم يقاتل فلا بأس أمّا انا كنت لم اقاتل وتركته»(4).

وفى ذيل صحيحه محمد بن مسلم: «لو كنت أنا لتركت المال ولم اقاتل»، وأمّا وجوب الدفاع عن النفس فيأتى البحث فى وجوبه فى بحث الدفاع.

1- (1) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 8.
2- (2) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 9.
3- (3) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب الدفاع، الحديث 1: 589.
4- (4) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 10.

....

الشَرح:

والمقام الثانى: هل يجوز قتل اللّص المجرّد للسلاح إذا دخل داراً للجنايه على أهلها مع عدم توقف الدفاع على قتله وأنّه قتله، سواء قلنا بالجواز أو عدمه، يتعلّق على القاتل شىء أم لا، فانّه يظهر جواز قتله مطلقاً من بعض الروايات، كمرسله أبان بن عثمان، عن رجل، عن الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا دخل عليک اللص المحارب فاقتله فما أصابک فدمه فى عنقى»(1).

وفى روايه أبى ايوب: «من دخل على مؤمن داره محارباً له فدمه مباح فى تلک الحال للمؤمن وهو عنقى».

وفى معتبره غياث بن ابراهيم، عن جعفر عن أبيه عليه السلام : «إذا دخل عليک اللص يريد اهلک ومالک فان استطعت ان تبدره وتضربه فابدره واضربه، وقال: اللص محارب اللّه ولرسوله فاقتله»(2).

وفى معتبره السكونى، عن جعفر عن آبائه: «من شهر سيفاً فدمه هدر»(3).

بل مقتضى اطلاق هذه المعتبره جواز قتله حتّى مع عدم دخوله بيته فضلاً عن عدم توقف الدفاع عن نفسه أو ماله أو اهله على قتله، ولكن المتفاهم من الروايات المتقدمه ونحوها بيان مشروعيه الدفاع عن النفس والأهل والمال والعرض، وان الدفاع المزبور إذا انجرّ الداخل فى بيته بان قتله المالک، ولو بزعم أنه لا يتخلص منه إلاّ بقتله فلا وزر عليه.

1- (1) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 7.
2- (2) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب حد المحارب ، الحديث 2:543.
3- (3) الوسائل: 19، الباب 22 من أبواب قصاص النفس، الحديث 7:44.

فان أدّى الدفع الى قتله كان دمه هدراً ضايعاً لا يضمنه الدافع، ولو جنى اللصّ عليه ضمن، ويجوز الكف عنه، وأمّا لو اراد نفس المدخول عليه فالواجب الدفع، ولا يجوز الاستسلام والحال هذه، ولو عجز عن المقاومه[1]، وامكن الهرب وجب.

الرابعه: يصلب المحارب حيّاً على القول بالتخيير[2] ومقتولاً على القول الآخر.

الخامسه: لا يترک على خشبه اكثر من ثلاثه أيام، ثم ينزل ويغسّل ويكفن ويصلى عليه ويدفن، ومن لا يصلب الا بعد القتل لا يفتقر الى تغسيله، لأنّه يقدّمه امام القتل.

الشَرح:

وأمّا إذا أحرز المالک أنّه يخرج عن بيته بمجرد الصيحه عليه، ومع ذلک يقتله فاستفاده جوازه منها مشكل جداً، فانّه لا يبعد انصرافها الى صوره توقف الدفاع أو توهم التوقف.

وبتعبير آخر، لا يجوز لكلّ احد قتل المحارب بمجرد شهره السلاح حدّاً، بل الذى يقيم الحد عليه الحاكم على تفصيل سابق، وانّما يجوز قتله إذا توقف الدفاع عن نفسه أو اهله أو ماله عليه، فالأمر فى اللص لا يزيد عليه.

[1] الظاهر أنّ وجوب الهرب غير مشروط بالعجز عن المقاومه بل هو على نحو التخيير بينه وبين الدفاع، حيث انّ التحفظ على نفسه يحصل بكل منهما، نعم إذا يتمكن من أحدهما تعيّن الآخر.

نعم، إذا توقف التخلّص عن افساده والتحفّظ على امن البلاد على قتاله والطفر به، فيجب كفايه وهذا أمر آخر.

[2] قد تقدّم تعيّن الصلب بعد القتل فى بعض الفروض، كما إذا شهر سلاحه

السادسه: ينفى المحارب عن بلده [1]

الشَرح:

وعقر وأخذ المال ولم يقتل، فانّ الإمام مخيّر بين قطع يده اليمنى ورجله اليسرى وبين قتله وصلبه، وفى بعض الفروض يتخيّر بين القتل والصلب فيصلب حيّاً، كما إذا أخذ المال وقتل، وعلى كلا التقديرين لا يترک المصلوب على الخشبه بأكثر من ثلاثه ايام بلا خلاف ظاهر.

ويشهد لذلک معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «انّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال: لا تدعوا المصلوب بعد ثلاثه ايام حتى ينزل فيدفن»(1).

ويؤيّده معتبرته الاخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ان أمير المؤمنين عليه السلام صلب رجلاً بالحيره ثلاثه ايام ثم انزله فى اليوم الرابع فصلّى عليه ودفنه»(2).

وفى مرسله الصدوق، قال الصادق عليه السلام : «المصلوب ينزل عن الخشبه بعد ثلاثه ايام ويغسل ويدفن، ولا يجوز صلبه اكثر من ثلاثه ايام»(3).

وظاهر المعتبره وغيرها موت المصلوب، فلا تعمّ ما إذا اتفق عدم موته بالصلب المزبور، فيؤخذ بظاهر الإمر بصلبه فى موته بذلک الصلب إذا كان صلبه حيّاً، ولا فرق فى وجوب التغسيل بين من صلب حيّاً أو ميتاً لجواز الغسل عليه على كلا التقديرين، والتعليل بما فى المتن عليل كما ذكرنا فى باب تغسيل الإموات.

[1] ظاهر عباره الماتن أنّ نفى المحارب هو إخراجه عن بلده، بأن لا يبقى فيه، وإذا آوى الى آخر يمنع أهله عن معاشرته بمؤاكلته ومشاربته ومبايعته، ولو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد المحارب، الحديث 2: 543.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد المحارب، الحديث 1: 543.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد المحارب، الحديث 3: 543.

ویکتب الی کل بلد یأوی إلیه بالمنع عن مواکلته ومشاربته ومجالسته ومبایعته، ولو قصد بلاد الشرک منع منها، ولو مکنوّه من دخولها قوتلوا حتی یخرجوه.

الشَرح:

بقی فی بلد کذلک لا یجبر علیه بالخروج منه.

ویظهر ذلک من صحیحه جمیل بن دراج المتقدّمه، حیث ورد فیها: قلت: النفی الی أین، قال: «من مصر الی آخر»، وقال: «ان علیّاً علیه السلام نفی رجلین من الکوفه الی البصره»(1)، حیث إنّ الاستشهاد بنفی علی علیه السلام ظاهر فی اخراجه من بلد الی آخر لا اخراجه من بلد آخر ایضاً.

وهذه الصحیحه وإن لم یرد فیها ان أهل البلد الآخر مکلّفون بمقاطعته إلاّ انّه یلتزم بها لدلاله صحیحته حنان علیها، فانّه روی عن أبی عبداللّه علیه السلام فی قول اللّه عزّ وجلّ: «إنّما جَزاءُ الَّذینَ یُحارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ» الآیه (2)، قال: «لا یبایع ولا یؤوی ولا یطعم ولا یتصدق علیه»(3).

ولکن قد یقال: إنّ النفی کذلک خلاف ما علیه المشهور، فانّهم التزموا بنفیه من کلّ بلد الیه مع لزوم مقاطعته حتّی یموت أو یتوب، والتزم بعض تحدید النفی من کلّ بلد یأوی الیه الی سنه، ویقال وجه ما علیه المشهور من النفی من کلّ بلد الآیه المبارکه، فانّ ظاهرها نفیه من الارض بأن یستقرّ فی مکان من الارض.

کما یدلّ علی ذلک موثقه أبی بصیر، قال: سألته عن الانفاء من الارض کیف هو، قال: «ینفی من بلاد الاسلام کلّها فان قدر علیه فی شی ء من ارض الاسلام قتل ولا امان له حتّی یلحق بارض الشرک»(4).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المحارب، الحدیث 3: 533.
2- (2) المائده: 33.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المحارب، الحدیث 1: 539.
4- (4) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المحارب، الحدیث 7: 539.

....

الشَرح:

وفی معتبره بکیر بن اعین عن أبی جعفر علیه السلام ، قال: «کان أمیر المؤمنین علیه السلام إذا نفی احداً من اهل الاسلام نفاه الی اقرب بلد من اهل الشرک الی الاسلام ، فکانت الدیلم أقرب اهل الشرک الی الاسلام»(1).

فانّ ظاهرها کظاهر موثقه أبی بصیر تعیّن نفیه عن بلاد الاسلام الی أن یستقرّ فی بلد أهل الشرک أو القریب منه أو یقتل، بل مدلول الموثقه کون الغایه قتله، حیث لا أمان له، وفی روایه بکیر بن اعین الاستقرار فی الأقرب الی بلاد الشرک، ومع تعارضهما مع ما ورد فی صحیحه جمیل بن دراج یکون المتعیّن الرجوع الی الآیه المبارکه الظاهره فی نفیه من کل البلاد بأن لا یستقرّ فی شیء منها.

لا یقال: لا یختصّ ما فی موثقه أبی بصیر وروایه بکیر بن اعین بنفی المحارب.

فانه یقال: ظاهر السؤال فی موثقه أبی بصیر السؤال عن الانفاء، من الارض ولم یرد النفی من الارض إلاّ فی المحارب کما هو ظاهر الآیه، نعم روایه بکیر بن اعین کذلک، ولکن لا یبعد دعوی العلم بعدم کون الحکم فی مطلق النفی ما ورد فیها، فانّ الزانی لا ینفی الی اقرب بلد من بلاد اهل الشرک الی الاسلام .

وعلی المعارضه بین موثقه أبی بصیر وصحیحه جمیل کافیه فی الرجوع الی ظاهر الآیه، بل یمکن تقدیم الموثقه فی مقام المعارضه لموافقتها للکتاب المجید، هذا إذا لم نقل بأن النفی فی صحیحه جمیل حد بعد الظفر علی المحارب وفی الآیه والموثقه نفیه مع عدم الظفر به بقرینه انّ المحارب الذی لم یخرج ولم یأخذ

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المحارب، الحدیث 6: 539.

السابعه: لا يعتبر فى قطع المحارب أخذ النصاب[1]، وفى الخلاف: يعتبر، ولا انتزاعه من حرز، وعلى ما قلنا من التخيير لا فائده فى هذا البحث، ولأنّه يجوز قطعه وإن لم يأخذ مالاً.

الشَرح:

المال ولم يقتل لا يكون جزاؤه أشد، بحيث لا يكون له امان حتّى يقتل.

وأمّا كون غايه النفى كما ذكر تمام السنه أو التوبه وأنّه ان دخل بلاد الشرک قوتل حتى يخرجوه منها، فقد ورد ذلک فى روايه عبيداللّه بن اسحاق، عن أبى الحسن عليه السلام : «يفعل ذلک به سنه فانّه سيتوب وهو صاغر»، وفى روايه عبيداللّه المذائنى، عن أبى الحسن الرضا عليه السلام : «فان توجّه الى ارض الشرک ليدخلها قوتل اهلها» ولكن لضعف السند فيهما لا يمكن الاعتماد عليهما.

[1] لا يعتبر فى قطع يد المحارب ورجله أن يبلغ ما أخذه من المال بحدّ نصاب السرقه، وذلک لما تقدّم من إطلاق ما ورد فيه من أنّه شهر سلاحه وجرح وأخذ المال يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وان شاء قتله وصلبه، وما تقدّم من بلوغ النصاب يعتبر فى سرقه السارق لا الموضوع للحد فى صحيحه محمّد بن مسلم وعلى بن حسان المتقدمتين، فانّ الموضوع له المحارب والإمام مخيّر بين قطع يده ورجله وبين قتله وصلبه، وما عن الشيخ قدس سره فى الخلاف من اعتبار النّصاب، وأخذاً بما دلّ عليه فى السرقه لا يمكن المساعده عليه، ممّا ذكر يظهر عدم اعتبار انتزاع المال من حرزه فى المحارب.

ثم إنّ هذا البحث مبنىّ على أنّ المحارب لا يقطع يده ورجله فى صوره عدم أخذ المال، وأمّا بناءً على التخيير بين الامور الاربعه فلا يعتبر قطع المحارب آخذ

المال فضلاً عن بلوغ مقداره نصاب السرقه.

وكيفيّه قطعه أن يقطع يمناه ثم يحسم[1]، ثم يقطع رجله اليسرى وتحسم، ولو لم تحسم فى الموضعين جاز، ولو فقد احد العضوين اقتصرنا على قطع الموجود ولم ينتقل الى غيره.

الثامنه: لا يقطع المستلب[2]، ولا المختلس، ولا المحتال على الاموال

الشَرح:

[1]مراده قدس سره أنّه بعد قطع اليمنى من يد المحارب لا ينتظر برئها ليقطع بعد ذلک رجله اليسرى، بل يجوز قطع رجله قبل برئها، لأنّ قطعهما حدّ واحد ثبت بموجب واحد فيقطع يده اليمنى ثم تحسّم ثم يقطع رجله اليسرى ثم تحسّم، وقد تقدم عدم وجوب الحسم على الحاكم فى السارق فضلاً عن المحارب الذى أمره أشد، ولذا ذكر الماتن انّه لو لم تحسم فى الموضعين جاز.

أقول: اعتبار تقديم قطع اليد اليمنى ثم رجله اليسرى دون العكس أو عدم جواز قطعهما دفعه لا يخلو عن المناقشه والتأمّل لعدم دليل عليه، وان كان رعايته احوط.

ولو فرض فقده اليد اليمنى أو الرجل اليسرى اقتصر على قطع الموجود، ولا يقاس المقام بالسّارق الذى لم يكن له اليد اليمنى، حيث ذكرنا أنّه لا يقطع رجله اليسرى، لأنّ قطعها ليس حدّاً للسرقه الاولى، وذكرنا ايضاً انّه لو سرق ثانيه لا يقطع رجله اليسرى، لأنّ قطعها حدّ للسرقه الثانيه بعد قطع اليد اليمنى بالسرقه الاولى.

والوجه فى عدم القياس أنّ قطع يد المحارب ورجله من خلاف حدّ واحد، وإذا فقد أحد العضوين سقط بعض الحدّ فلا موجب لسقوط بعضه الآخر، والمراد بكونهما حدّاً واحداً كون اقامه كلّ منهما فى عرض الآخر كما تقدّم.

[2] المراد من المستلب الذى يأخذ المال جهراً ويهرب من غير أن يكون .... .

الشَرح:

أخذه بشهر السلاح ليدخل فى عنوان المحارب، وهذا بما أنّه أخذ المال علانيه لا يقطع لأنّه يعتبر فى السارق الاخفاء كما تقدم، وقد تقدّم ما ورد فيه أنّه ليس على الذى يستلب قطع وان الدغاره المعلنه عليه قطع.

وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبداللّه، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «ليس على الذى يستلب قطع وليس على الذى يطرّ الدراهم من ثوب قطع»(1)، الى غير ذلک.

والاختلاس هو أخذ المال من غير حرزه خفيه، والمستلب كما ذكرنا يأخذ المال جهراً ويهرب ولا يقطع كالمختلس، وفى موثقه سماعه قال: «من سرق خلسه خلسها لم يقطع ولكن يضرب ضرباً شديداً»(2)، وقريب منها غيرها.

وكذا لا يقطع من يأخذ مال الغير بالتزوير كالمحتال بالرسائل الكاذبه، ونحوها، وهذا ايضاً لكونه عدواناً على الغير فى ماله محرّم يعزّر فاعله، وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال فى رجل استأجر اجيراً الى ان قال: وقال فى رجل أتى رجلاً وقال: ارسلنى فلان اليک لترسل اليه بكذا وكذا فأعطاه وصدّقه، فقال له: ان رسولک أتانى فبعث اليک معه بكذا وكذا، فقال: ما ارسلته اليک وما اتانى بشىء فرغم الرسول انّه قد ارسله وقد دفعه اليه، فقال: ان وجد عليه بينه انه لم يرسله قطع يده، ومعنى ذلک ان يكون الرسول قد أقر مرّه انّه لم يرسله وان لم يجد بينه فيمينه باللّه ما ارسلته ويستوفى الآخر من الرسول المال،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 13 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 504.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 12 من أبواب حد السرقه، الحديث 5: 503.

قلت: أرأيت ان زعم انّه انما حمله على ذلک الحاجه، فقال: يقطع لانّه سرق مال بالتزوير والرسائل الكاذبه، بل يستعاد منه المال ويعزّر، وكذا المبنج، ومن سقى غيره مرقداً[1]، ولكن ان جنى ذلک شيئاً ضمن الجنايه.

الشَرح:

الرجل»(1).

وعن الشيخ قدس سره حملها على أنّ القطع لا للسرقه حدّاً بل لا فساد ه، ولكن لا يخفى إن كان المراد بالافساد الاحتيال أو أخذ المال بالكذب، فمن الظاهر انّ الكذب لا يوجب القتل وان كان لأخذ المال به، كما هو ظاهر الروايه يكون القطع حدّه.

وقد حملها فى الجواهر على أنّها حكم فى واقعه خاصه اقتضت المصلحه فيها ذلک، ولكن لا يخفى ما فيه، فانّ ما ورد فى الروايه من قوله عليه السلام جواب عن واقعه كالواقعه المفروضه قبلها، وعلّل الحكم بالقطع بقوله: لأنّه سرق مال الرجل، وارجاع عملها الى اهلها بدعوى العلم والوثوق بعدم الفرق بينه وبين الاختلاس والغلول الوارد فى الروايات بعدم القطع بهما اولى.

[1] معطى البنج وسقى الغير بالمرقد لا يقطع بفعله، ولكن ان كان فعله هذا موجباً للجنايه على المتناول فى نفسه أو ماله يضمن المعطى والساقى الجنايه، وبتعبير آخر الفعل المزبور تعدّ وعدوان على الغير إذا لم يكن فى البين ما يوجب ارتفاع عنوان التعدى عليه، كما فى الاعطاء وسقى بعض المرضى فيعزّر مرتكبه، واللّه سبحانه هو العالم .

1- (1) الوسائل: 18، الباب 15 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 507.

ص :360

القسم الثانى والتعزيرات

اشاره

ص :361

ص :362

فى المرتد[1]، وهو الذى يكفر بعد الاسلام، وله قسمان:

الشَرح:

[1] المراد بالمرتدّ من اختار الكفر بعد اسلامه، سواء كان قبل اسلامه كافراً أو محكوماً بالكفر أم لا، ويعبّر عن الثانى أى من لا يكون محكوماً بالكفر قبل اسلامه بالمرتدّ الفطرى، وعن الاول أى من كان مسبوقاً بالكفر ثم اسلم ثم كفر بالمرتد الملّى.

والكلام فعلاً فى المرتد الفطرى، وليعلم أنّ الخروج عن الاسلام يكون بالقول، كما إذا اعترف بخروجه عن الاسلام، أو انكر التوحيد أو نبوه نبيّنا أو المعاد، أو انكر ما هو معلوم من دين الاسلام مع اعترافه أنّه ممّا جاء به النبى الاعظم أو نطق به الكتاب المجيد.

ويكون بالفعل كما إذا استهزء بالدين بالقاء المصحف الشريف فى القاذورات وتلويث الكعبه وغيرها من الضرايح المقدسه والعباده للصنم ونحوها، بل يقال بأنّه يخرج عن الاسلام بالنيّه والبناء على ترک الاسلام أو الدخول فى بعض فرق الكفر وإن لم يتكلّم بشىء ولم يعمل عملاً موجباً للكفر أو بحسب انكاراً.

ولا كلام فى خروجه عن الايمان بذلک، ولكن مع عدم تكلّمه أو عمله بشىء يظهر ما فى قلبه، ففى خروجه عن الاسلام تأمّل، خصوصاً مع اظهاره الشهادتين فانّ الموضوع للارتداد فى الروايات جحود النبى صلى الله عليه و آله وتكذيبه والكفر بما انزل على محمّد صلى الله عليه و آله والتنصّر واختيار الشرک والخروج عن الاسلام، وفى صدق ذلک على مجرّد النيّه والقصد تأمّل، ومثله تردّده فى رفع اليد عن اسلامه وعدمه أو فى حقّانيه معتقداته التى كان عليها من غير ان يظهر ذلک بقول أو عمل.

....

الشَرح:

وكيف ما كان، فامرتدّ الفطري من لم يسبق الكفر اسلامه، والمشهور أنّه يكفى في كون الشخص مرتداً فطرياً أن يولد على الاسلام، بأن كان كلّ من أبويه أو أحدهما مسلماً، كما يستظهر ذلک من موثقه عمار الساباطى، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «كل مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الاسلام وجحد محمّد عليه السلام نبوته وكذّبه، فان دمه مباح لمن سمع ذلک منه وامرأته بائنه منه يوم ارتدّ ويقسّم ماله على ورثته وتعتدّ امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها، وعلى الإمام ان يقتله ولا يستتيبه»(1).

وصحيحه أبان عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الصبى اذا شبّ فاختار النصرانيه وأحد ابويه نصرانى أو مسلمين، قال: «لا يترک ولكن يضرب على الاسلام»(2)، فانّه لو لم يكن الصبى مع اسلام أحد أبويه أو كليهما محكوماً بالاسلام لما كان لضربه على الاسلام حتّى مع صغره وجه.

وعلى الجمله، إذا كان الولد حين الولاده من أبوين مسلمين أو أحدهما مسلماً يكون من ولادته محكوماً بالاسلام، وإذا كان أحدهما أو كلاهما داخلاً فى الاسلام بعد ولادته يكون من حين دخول احدهما أو كليهما فى الاسلام محكوماً بالاسلام.

كما يدلّ على ذلک معتبره حفص بن غياث قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل من أهل الحرب إذا اسلم فى دار الحرب فظهر عليهم المسلمون بعد ذلک،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المرتد، الحديث 3: 545.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب حد المرتد، الحديث 2: 546.

....

الشَرح:

فقال: «اسلامه اسلام لنفسه ولولده الصغار، وهم أحرار وولده ومتاعه ورقيقه له، فأمّا الولد الكبار فهم فىء للمسلمين إلاّ ان يكونوا اسلموا قبل ذلک الحديث»(1).

وهل يعتبر فى الارتداد الفطرى مجرّد الاسلام الحكمى، أو يعتبر أن يكون المسلم الحكمى واصفاً للاسلام بعد بلوغه، فان خرج عن الاسلام بعد وصفه يترتّب عليه ما ذكر من الحكم، والحدّ على المرتدّ الفطرى.

وقد ذكر فى كشف اللثام أنّ المراد بالمرتدّ الفطرى من لم يحكم بكفره قطّ لاسلام ابويه أو أحدهما حين ولوصفه الاسلام حين بلغ، وظاهره أنّه لو لم يصف الاسلام عند بلوغه واختار الكفر فلا يكون مرتداً فطرياً، ولكن لا يخفى أنّه عند بلوغه رجل وإذا اختار الكفر عنده أو من قبله يصدق عليه كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الاسلام، كما ورد ذلک فى موثقه عمار الساباطى المتقدمه.

وكذا يصدق عليه ما ورد فى صحيحه الحسين بن سعيد، قال: قرأت بخطّ رجل الى أبى الحسن الرضا عليه السلام : رجل ولد على الاسلام ثم كفر وأشرک وخرج عن الاسلام، هل يستتاب أو يقتل ولا يستتاب، فكتب عليه السلام : «يقتل»، الى غير ذلک.

والحاصل اعتبار وصف الاسلام عند بلوغه، وعدم كون الارتداد عن فطره بالكفر عند البلوغ مع اسلامه الحكمى قبل ذلک، يدفعه الاطلاق فى الروايات المشار اليها.

نعم، إذا ارتدّ قبل بلوغه مع اسلامه الحكمى لا يجرى عليه الحدّ لارتفاع

1- (1) الوسائل: 11، الباب43 من أبواب جهاد العدو، الحديث 1: 89.

....

الشَرح:

الحد عن الصبى، وإذا لم يتب عند بلوغه، وبقى على ارتداده يجرى عليه ما يجرى على البالغ المرتد، كما يأتى.

بقى فى المقام أمر، وهو إنّ المعتبر فى اسلام الولد وولادته على الاسلام انعقاد نطفته حال كون أبويه أو أحدهما مسلماً، أو أنّ المعتبر اسلامهما أو إسلام أحدهما عند ولادته، وإن لم يكن واحد منهما مسلماً عند انعقاد نطفته وزمان حمل امّه.

لا يبعد أن يقال: العبره بزمان انعقاد النطفه والحمل، وإذا أسلم أحد الابوين أو كلاهما عند ولاده الطفل، فالولد المزبور وان تبعهما فى اسلامهما، إلاّ أنّه إذا كفر بعد بلوغه لا يجرى عليه حكم المرتد الفطرى.

وذلک فانّه يستفاد ممّا ورد فى ارث الحمل أنّه زمان الحمل محكوم بالاسلام، ولو مات الأب فى زمان الحمل به من الزوجه الكافره أو الأمه الكافره يعزل ميراثه، وبما أنّه لا يرث المسلم إلاّ المسلم يكون المستفاد أنّه زمان الحمل مسلم، فيكون المعيار فى اسلامه زمان انعقاد نطفته.

والتعبير فى بعض الروايات بالولاده على الإسلام، هو أن يكون عند ولادته محكوماً بالاسلام فى مقابل من يكون مسلماً بعد ولادته، كما إذا أسلم أبواه أو أحدهما بعد ولادته، وهذا التعبير باعتبار الغالب حيث إنّ الغالب فيمن يكون مسلماً عند ولادته انعقاد نطفته زمان اسلام أبويه أو اسلام أحدهما، وتمام الكلام فى ذلک عند تعرض الماتن لولد المرتدّ.

وقد تقدّم إنّ المستفاد من معتبره حفص بن غياث تبعيّه الولد فى اسلامه

الأول: من ولد على الاسلام.

وهذه لا يقبل اسلامه لو رجع، ويتحتّم قتله وتبين منه زوجته وتعتد منه عده الوفاه وتقسم امواله بين ورثته، وان التحق بدار الحرب أو اعتصم بما يحول بين الامام وبين قتله[1].

الشَرح:

إسلام أحد أبويه كان اسلامه بعد ولادته أو عندها، كما يستفاد ممّا ورد فى ارث الحمل وعزل نصيبه، بضميمه ما دلّ على أنّ المسلم لا يرثه غير المسلم انّ الطفل حال الحمل ايضاً محكوم بالاسلام إذا كان احد ابويه مسلماً.

[1] لا خلاف فى أنّ المرتد الفطرى إذا كان رجلاً لا يستتاب بل يجب قتله حداً وتبين منه زوجته وتعتدّ عده الوفاه وتقسم أمواله بين ورثته، قتل أو لم يقتل، كما اذا هرب والتحق بدار الحرب أو اعتصم بما يحول بينه وبين الإمام.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد فقال: «من رغب عن الاسلام وكفر بما انزل على محمّد صلى الله عليه و آله بعد اسلامه فلا توبه له وقد وجب قتله وبانت منه امرأته ويقسم ما ترک لولده(1).

وفى موثقه عمار المتقدمه، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام : «كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الاسلام وجحد محمّداً صلى الله عليه و آله نبوته وكذّبه فانّ دمه مباح لكلّ من سمع منه ذلک وامرأته بائنه منه يوم ارتدّ، ويقسّم ماله على ورثته وتعتدّ امرأته عده المتوفّى عنها زوجها، وعلى الإمام أن يقتله ولا يستتيبه»(2).

والمراد من المسلم بين مسلمين أن لا يكون للمرتدّ سابقه الكفر ولو كان حكمياً كما تقدم، ولا يلزم اسلام الأبوين بل المعيار اسلام أحدهما، وفى صحيحه

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المرتد، الحديث 2: 545.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المرتد، الحديث 3: 545.

....

الشَرح:

على بن جففر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألته عن مسلم تنصّر قال: «يقتل ولا يستتاب»، قلت: فنصرانى اسلم ثم ارتدّ، قال: «يستتاب فان رجع وإلاّ قتل»(1).

وفى صحيحه الحسين بن سعيد المتقدّمه قرأت بخطّ رجل الى أبى الحسن عليه السلام رجل ولد على الاسلام ثم كفر وأشرک وخرج عن الاسلام هل يستتاب أو يقتل ولا يستتاب، فكتب: «يقتل»(2).

والصحيحتان دالّتان على أنّ المراد بمن يقتل بلا استتابه هو الذى لم يسبق الكفر اسلامه، فيرفع اليد بهما عن اعتبار اسلام كلا الأبوين، كما هو ظاهر موثقه عمّار بناءً على كون مسلمين تثنيه، كما يرفع اليد بهما عن اطلاق صحيحه محمّد بن مسلم، حيث إنّ الاحكام الوارادہ فيها دكرت لمطلق المرتدّ، كما يرفع اليد عن اطلاق صحيحه الاخرى عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: «من جحد نبيّاً مرسلاً وكذبه فدمه مبح الحديث».

ثم إنّه يبقى الكلام فى عدم قبول توبه المرتد الفطرى الذى ورد فى صحيحه محمّد بن مسلم، فهل المراد أنّ توبته لا تفيد بالاضافه الى ما ترتّب على ارتداده، من تعلق حدّ القتل به وبينونه زوجته واعتدادها منه بعدّه الوفاه وانتقال أمواله الى ورثته، أو أنّه لا يقبل اسلامه بعد ذلک، فلا يكون مسلماً عند اللّه ولو مع توبته واعترافه بالشهادتين، حتّى مع العلم بأنّ اعترافه لا عتقاده بالاسلام وايمانه قلباً.

والالتزام بالثانى غير ممكن، لأنّ لازمه سقوط جميع التكاليف عنه لو يقتل لهربه أو عدم اطّلاع الغير على ارتداده زمان ردّته أو حيلوله الظالم بينه وبين قتله،

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المرتد، الحديث 5: 545.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب حد المرتد، الحديث 6: 545.

ويشترط فى الارتداد البلوغ [1]وكمال العقل والاختيار، فلو اكره كان نطقه

الشَرح:

كما أنّ لازم ذلک التقييد فيما ورد فى بيان ما به الاسلام والايمان، وما ورد فى التوبه والاستغفار، مثل قوله سبحانه: «وَمَنْ يَرتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دينهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كافِرٌ»(1) الآيه، وكلّ ذلک قرينه على أنّ المراد من نفى توبته عدم ارتفاع الامور المترتبه على ارتداده كما ذكرنا.

ثم انّ المصرح به فى كلام بعض الاصحاب بناءً على قبول توبه المرتد الفطرى بالاضافه الى غير الاحكام المترتبه على الارتداد انّه إذا لم يقتل المرتدّ للالتحاق ببلاد الكفر أو لغير ذلک يكون ما يكسبه من المال ملكه ويجوز له التزويج ولو بالمسلمه، بل يجوز له الرجوع الى زوجته بعقد جديد حتّى فى اثناء عدتها كالرجوع الى المطلقه البائنه.

ولک ظاهر الأمر بزوجته بالاعتداد بعدّه المتوفّى عنها زوجها هو احتساب الشارع المرتد الفطرى ميتاً بالاضافه الى زوجته قبل الارتداد، فلا يجوز لها التزويج بذلک الزّوج، لأنّ النكاح والزواج علقه بين الاحياء.

[1] المراد عدم ترتّب الاحكام المترتّبه على الارتداد الفطرى إذا كان المرتد صبيّاً، فلا تبين زوجته منه ولا ينتقل أمواله الى ورثته ولا يقتل، وهذا مقتضى رفع القلم عن الصبى وعدم ثبوت الاحكام العقوبتيّه فى حق الصبى.

نعم لا يترک الصبى على حاله فيضرب على العود الى الاسلام وان لم يرجع الى الاسلام بعد بلوغه يترتّب عليه الاحكام المتقدّمه، بناءً على ما هو الصحيح من كفايه الاسلام التبعى فى الارتداد الفطرى، وعدم اعتبار وصف الاسلام بعد بلوغه وقبل ارتداده.

1- (1) المائده: 54.

بالكفر لغواً، ولو ادعى الاكراه مع وجود الاماره قبل[2].

الشَرح:

وكذا الحال فى المجنون، فانّه لا يجرى على ارتداده شىء من الاحكام المتقدّمه، ولا يتعلق به حدّ، مع أنّه لا اعتبار بكلام المجنون وفعله ولا يخرج بالانكار أو الفعل عن الاسلام الحكمى.

وكذا الحال فى صوره الاكراه لقوله سبحانه: «إلاّ مَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبَهُ مُطْمَئِنٌ بالإيمانِ»(1)، وقوله عليه السلام : «قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : رفع عن امتى ما استكرهوا عليه».

[2] ولو ادّعى أنّ انكاره واظهاره الكفر كان للاكراه فان كان فى البين قرينه على الاكراه، كما إذا كان عند كفّار بحيث يمكن الخوف منهم قبل قوله، وأمّا إذا لم يكن قرينه على ما يدّعيه من الاكراه فظاهر الماتن قدس سره كتصرح بعض بأنّه يترتّب على ارتداده وأنّه يقتل لظهور فعله فى الاختيار أو اصاله عدم كون ارتداده عن اكراه.

ودعوى أنّ الحدّ لا يثبت بالأصل والحدود تدرء بالشبهات لا يمكن المساعده عليها، فانّ الموضوع للاحكام المذكوره، ومنها تعلّق الحدّ بالقتل ارتداد المسلم من غير اكراه عليه، فالارتداد محرز على الفرض والاكراه عليه عدمه محرز بالأصل، ومع تمام الموضوع لها لا شبهه، اضف الى ذلک ضعف الروايه المزبوره وعدم الالتزام بمدلولها ان كان المراد بالشبهه احتمال الخلاف فى الواقع وجداناً، فانّ لازمه عدم ثبوت الارتكاب بالبيّنه والاقرار، وان كان المراد بالشبهه ظاهراً، فقد ذكرنا مع احراز الموضوع لا شبهه ظاهراً.

وقد حمل كلام الماتن ونحوه على ما إذا شهدت البينه على ارتداده وادّعى هو الاكراه عليه، فانّه بما أنّ دعواه مخالفه لما شهدت البيّنه لا تسمع إلاّ إذا كان فى

1- (1) النحل: 106.

....

الشَرح:

البين قرينه وموجب لاحتمال الاكراه، وأمّا إذا شهدت البيّنه بكلامه وقال نعم، صدود الكلام والقول المزبور صحيح، ولكنّه كان للاكراه عليه فلا يجرى الحدّ، بل ناقش بعضهم فى تعلّق الحد به فى فرض الشهاده بردّته مع احتمال صدقه فى دعواه.

أقول: لو كان الأصل فى عدم الاكراه جارياً فى المقام ويحرز به الموضوع للاحكام المزبوره، ومنها تعلّق الحد كان فى البين مجرد الاماره الظنيه مفيده فى عدم ترتب الاحكام، ومنها الحد، فانّ الأصل يجرى مع الاماره غير المعتبره، والتمثيل فى كلماتهم بالاماره بكونه بين الكفار كاشف أنّ مرادهم بالاماره مطلق ما يوجب الظن ولو نوعاً بصدقه فى دعوى الاكراه.

ولا يبعد أن لا يكون عدم الاكراه قيداً لموضوع الاحكام المتقدمه ليقال باحرازه بالأصل، بل مع الاعتقاد قلباً والانكار لساناً لا يتحقّق عنوان الارتداد اصلاً، وهو رغبه الشخص واعراضه عن الاسلام، كما يفصح عن ذلک قوله سبحانه: «وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌ بالإيمانِ»، ولذا لو كان فى قلبه مؤمناً وتكلّم بكلمه الكفر عبثاً، فانّ فعله وان كان حراماً إلاّ انّه لا يترتّب عليه شىء من الاحكام المزبوره.

نعم فى البين أمر آخر، ان صدور فعل أو قول من شخص ظاهره كونه مراداً جدياً له، وعليه فان كان فى البين ما يسقط هذا الظهور عن الاعتبار، كما إذا كان إنكاره الاسلام عند اسره بيد الكفار، فلا يجرى عليه الحد وإلاّ يجرى عليه، وهذا ليس لاعتبار أصاله عدم الاكراه ليقال بجريانها حتّى مع اماره الظنيه بالخلاف.

وعلى الجمله، الاكراه يتعلّق بالقول أو الفعل لا بالاعتقاد والايمان بأن يتركهما، ولو فرض فرضاً بتعلّقه على تركهما ايضاً صحّ ما ذكر فى ناحيه جريان

ولا تقتل المرأه بالردّه بل تحبس دائماً[1]، وان كانت مولوده على الفطره وتضرب أوقات الصلاه.

الشَرح:

أصاله عدم الاكراه إلاّ فى مورد قيام قرينه معتبره ء على صحه دعوى الاكراه.

[1] بلا خلاف بين الاصحاب فى أنّ المرتدّه لا تقتل حتّى ما إذا كان ارتدادها عن فطره، ويدلّ على ذلک صحيحه حماد عن أبى عبداللّه عليه السلام فى المرتده عن الاسلام: «لا تقتل وتستخدم خدمه شديده وتمنع الطعام والشرب إلاّ ما يمسک نفسها وتلبس خشن الثياب وتضرب على الصلوات»(1).

ومعتبره غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام ، قال: «إذا ارتدّت المرأه عن الاسلام لم تقتل ولكن تحبس ابداً»(2).

ثم انّ الامساک وتخليدها فى الحبس مادام لم تتب ومع رجوعها الى الاسلام يخلّى سبيلها، فانّ فى صحيحه ابن محبوب، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبى جعفر عليه السلام فى المرتد: «يستتاب فان تاب وإلاّ قتل والمرأه إذا ارتدّت عن الاسلام استتيب فان ثابت، وإلاّ خلّدت»(3).

فانّ صدرها وان يعمّ المرتدّ الفطرى ايضاً إلاّ انّه يرفع اليد عن اطلاقه بما تقدّم من أنّ المرتدّ الفطرى لا يستتاب بل يقتل، وأمّا ذيلها فيؤخذ فيه بالاطلاق، وظاهر قوله عليه السلام فى صحيحه حماد: «وتضرب على الصلوات»، هو ضربهما على ان تصلّى، وهذا يكون إلاّ مع قبول توبتها برجوعها الى الاسلام.

وعلى الجمله، ظاهر ذيل صحيحه ابن محبوب عن غير واحد من أصحابنا

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المرتد، الحديث 1.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المرتد، الحديث 2.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المرتد، الحديث 6.

....

الشَرح:

عن أبی جعفر وأبی عبداللّه علیهماالسلام : «انّ توبه المرتده مسقطه لحدّ ارتدادها»، یعنی تخلیدها فی الحبس، حیث ذکرا علیهماالسلام فی ذیلها: «والمرأه إذا ارتدّت عن الاسلام استتیب فان تابت وإلاّ خلدت فی السجن وضیق علیها فی حبسها»، ورفع الید عن اطلاق صدرها لا یوجب رفع الید عن اطلاق ذیلها واختصاصه بامرتده الملّیه.

ولا مجال لدعوی أنّ الارتداد عن الاسلام لا یطلق علی الارتداد الفطری، والوجه فی عدم المجال أنّ الارتداد عن الاسلام قد ورد فی موثقه عمار الساباطی مع اختصاصها بالمرتد الفطری، فمقتضی صحیحه حماد قبول توبه المرتدّه ورجوعها الی الاسلام، ومقتضی ذیل صحیحه ابن محبوب، عن غیر واحد سقوط الحدّ عنها بالتوبه والحدّ تخلیدها فی الحبس، سواء کان ارتدادها فطریاً او ملیاً.

وأمّا ما ورد فی صحیحه محمّد بن قیس، عن أبی جعفر علیه السلام من قضاء علی علیه السلام فی ولیدها کانت نصرانیه فأسلمت وولدت لسیّدها ثم انّ سیّدها مات وأوصی بها عتاقه السری علی عهد عمر، فنکحت نصرانیاً دیرانیاً وتنصّرت، فولدت منه ولدین وحبلت بالثالث بأنّه یعرض علیها الاسلام، فعرض علیها الاسلام، فأبت فقال: ما ولدت من ولد نصرانیاً فهم عبید لأخیهم الذی ولدت لسیّدها الاول وأنا احبسها حتّی تضع ولدها فاذا ولدت قتلها(1)، فلا یمکن العمل بظاهرها.

فانّ ظاهرها أنّ المرأه تقتل بعد عدم توبتها حتّی من الارتداد الملّی، وما ورد فیها ایضاً من صیروره أولادها من النصرانی ملکاً لولدها من سیّدها المتوفی

1- (1) الوسائل: 18، الباب 4 من أبواب حد المرتد، الحدیث 5.

....

الشَرح:

لا ينطبق على القواعد، وحمل القتل الوارد فيها على نكاحها بعد نكاحها من مسلم، بأن يكون القتل حداً لهذا النكاح مناف لظاهرها بل صريحها انّ قتلها حدّ لارتدادها مع عدم توبتها بعد استتابتها هذا كله بالاضافه الى حدّ ارتدادها.

وأمّا أمر نكاحها من زوجها فلا يبعد الالتزام ببطلان نكاحها إذا ارتدّت قبل الدخول بها، حتّى فيما إذا كان ارتدادها بالدخول بالنصرانيه أو اليهوديه أو المجوسيه، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوافِر»(1)، فانّه وان يقال بجواز نكاح المسلم النصرانيه والمجوسيه واليهوديه انقطاعاً أو حتّى دواماً، لكن ظاهر ما ورد فى جواز النكاح المرأه اليهوديه والنصرانيه والمجوسيه بالاصل ولا يعمّ المرتده عن الاسلام، فيؤخد فيها بالاطلاق أو العموم فى الآيه، وممّا ذكر يظهر انّه يجوز للمسلم التزويج بالمرتدّه حتّى إذا كان ارتدها بدخولها فى احداها.

وأمّا إذا كان ارتدادها بعد الدخول بها، فالمعروف بين الاصحاب على ما قيل انّها إذا تابت قبل انقضاء عدّتها ترجع الى زوجها وإذا تابت بعد انقضاء العده فزوجها خاطب من الخطاب، بلا فرق بين كون ارتدادها عن فطره كما هو فرض الكلام أم من ملّه، وبلا فرق ايضاً بين كون ارتدادها باختيار الشرک أو بالدخول فى احداها.

وقد يستشكل فى ذلک بأنّ مقتضى الآيه المباركه بطلان نكاحها بمجرّد ارتدادها والثابت من تحصيصها فيما إذا كان الزوجان كافرين وأسلمت زوجته أو أسلم الزّوج، فانّه مع اسلام الآخر قبل انقضاء العده يبقيان على نكاحهما، وهذا

1- (1) الممتحنه: 10.

القسم الثانى: من اسلم عن كفر ثم أرتد.

فهذا يستتاب[1]، فان امتنع قتل واستتابته واجبه، وكم يستتاب، قيل: ثلاثه ايام، وقيل: القدر الّذى يمكن معه الرجوع، والأول مروى، وهو حسن لما فيه من

الشَرح:

لا يرتبط بارتداد الزوجه، يأتى بقيّه الكلام فى ذلک فى بيان الحكم للمرتد الملّى.

[1] لا خلاف فى أنّ المرتدّ الملّى يستتاب ولا يقتل قبل الاستابه و، وظاهر الاصحاب أنّ الأمر بالتوبه وظيفه الحاكم قبل اجراء الحدّ عليه، ويدلّ على الحكم صحيحه على بن جعفر، عن أخيه أبى الحسن عليه السلام ، قال: سألت عن مسلم تنّصر، قال: «يقتل ولا يستتاب»، قلت: فنصرانى اسلم ثم ارتدّ، قال: «يستتاب فان رجع وإلاّ قتل»(1).

وصحيحه الحسن بن محبوب عن غير واحد من اصحابنا، عن أبى جعفر عليه السلام بأنّ المرتدّ الفطرى يقتل ولا توبه له، وبما أنّ آمره بالتوبه غير مذكور، فالمتفاهم العرفى أنّ ذلک من وظيفه مجرى الحد عليه.

وقد وقع الخلاف فى مقدار الاستتاب بحسب الزمان، وقد نسب الماتن قدس سره الى لم يذكر اسمه أنّ المقدار ثلاثه ايام، وذكر أنّه مرويّ، والروايه خبر مسمع بن عبدالملک عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال: أمير المؤمنين عليه السلام : «المرتد عن الاسلام تعزل عنه امرأته ولا تؤكل ذبيحته ويستتاب ثلاثه ايّام، فان تاب وإلاّ قتل يوم الرابع»(2).

والمحكى عن الشيخ فى المبسوط والخلاف أنّه يستتاب بالقدر الذى يتمكن معه الرجوع الى الاسلام، حيث إنّ مقتضى اطلاق الأمر بالاستتابه هو

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المرتد، الحديث 1.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المرتد، الحديث 5: 548.

التأنى لازاله عذره، ولاتزول عنه املاكه بل تكون باقيه عليه [2].

وينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويقف نكاحها على انقضاء العده، وهى كعده المطلّقه.

وتقضى من امواله ديونه وما عليه من الحقوق الواجبه، ويؤدّى منه نفقه الاقارب مادام حياً، وبعد قتله تقضى ديونه وما عليه من الحقوق الواجبه دون نفقه الاقارب.

الشَرح:

الاكتفاء بذلک، ولكن لا يخفى عدم المجال للتمسّک بهذا الاطلاق، فانّ خبر التحديد بثلاثه ايام وان كان ضعيفاً سنداً، على روايه الشيخ والكلينى ، ولكنّه معتبر على روايه الصدوق قدس سره ، حيث رواه بسنده الى السكونى، وعليه فاللازم رفع اليد به عن الاطلاق المتقدم، وأمّا ما فى عباره الماتن قدس سره من التعليل بالتأنّى لازاله عذره فلا يخرج عن مجرّد الاستحسان.

ثم إنّه ايام كافيه فى حلّها، فان ادّعى بعد ذلک عدم حلّها لا تسمع ولا يمهل بل يقتل، أخذاً بما دلّ على انّه يستتاب ثلاثه ايام ويقتل اليوم الرابع.

[2] بلا خلاف، بل الأمر فى المرتده الفطريه ايضاً كذلک، فانّ ذلک مقتضى الاسباب الموجبه لدخول الأموال فى ملک أربابها من العقود والايقاعات والاحياء والحيازات والمواريث وغيرها بعد اختصاص ما دلّ على انتقال اموال المسلم بارتداده الى وزثته بالمرتد الفطرى.

وعلى ذلک يؤدّى من أموال المرتدّ الملّى ديونه ونفقه زوجته المتدّه من ارتداد زوجها، وكذلک نفقه سائر أقاربه، حيث إنّه مكلّف بأداء نفقه زوجته، فانّ الزوجته زمان العدّه باقيه نظير بقائها فى الطلاق الرجعى، وكذلک بسائر التكاليف التى منها وجوب الانفاق على أقاربه من الوالدين والولد مع فقرهم.

ولو قتل أو مات كانت تركته لورّاثه المسلمين، فان لم يكن له وارث مسلم فهو للامام عليه السلام [1]

الشَرح:

هذا مع حياته، وأمّا بعد موته ولو بالقتل حدّاً أو بغيره فيؤدّى ديونه من تركته، ومن الديون نفقه زوجته التى كانت عليه، بخلاف نفقه سائر الاقارب، فانّها لا تحسب ديناً عليه لما تقرّر فى باب النفقات ملک الزوجه نفقتها على زوجها، بخلاف سائر الاقارب، فانّ وجوب الانفاق عليهم مجرّد التكليف.

وظاهر الماتن قدس سره كصريح بعض الاصحاب أنّ المؤدّى ديونه، يعنى المتصدى لادائها أو نفقه زوجته وسائر اقربائه هو الحاكم ، حيث انّ له ولايه التصرف فى أموال الغائب والمحجور عليه.

ولكن لا يبعد القول بأنّه إذا أمكن للمرتد الملّى أداء دينه مباشره أو بالتوكل، كذا الانفاق على زوجته واقربائه فلا موجب للقول بلزوم تصدى الحاكم، فانّه لا دليل على كون مجرّد الارتداد عن ملّه موجباً للحجر عليه فى امواله، ومقتضى ما دلّ على سلطنه المالک على امواله نفوذ تصرفاته فيها مباشره أو توكيلاً، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] إذا كان للكافر الاصلى وارث مسلم يرثه ويحجب الوارث الكافر، سواء كان الوارث الكافر مساوياً المسلم فى المرتبه أو أقرب رتبه من المسلم، وإذا لم يكن له وارث مسلم يرثه ورثته الكفار ولا يحجبهم الإمام عليه السلام .

وأمّا المرتد فيرث أمواله وريته المسلمون ولا يرثه أقربائه الكفار، سواء كانوا متساوين مع ورثته المسلمين فى الرتبه أو كانوا اقرب منهم الى الميت، وإذا لم يكن للمرتدّ وارث مسلم ينتقل تركته إلى الإمام عليه السلام ، وقذ ادّعى الاجماع على هذا الحكم فى اموال المرتدّ الفطرى والمرتدّه الفطريه، والمشهور انّ الحكم فى

وولده بحكم المسلم[1]، فان بلغ مسلماً فلا بحث، وان اختار الكفر بعد بلوغه استتيب، فان تاب والاّ قتل، ولو قتله قاتل قبل وصفه بالكفر قتل به، سواء قبل بلوغه أو بعده.

الشَرح:

المرتد الملى والمرتدّه المليه كذلک، وعلّلوا ذلک لتحرّم المرتد بالاسلام، ولذا لا يجوز استرقاقه، ولا يصح نكاح المرتد باكافره ولا بالمسلمه على ما يأتى.

أقول: ان كان للمرتدّ الملّى وارث مسلم يرثه ويحجب الوارث الكافر، حتّى من كان اقرب الى الميت من المسلم فى المرتبه، أخذاً بما دلّ على أنّ المسلم يرث الكافر ويحجب وارثه الكافر، وأمّا إذا لم يكن له وارث فالأظهر أنّ تركته تنقل الى وارثه الكافر لا الإمام عليه السلام .

وشهد لذلک صحيحه ابراهيم بن عبدالحميد، قال: قلت لأبى عبداللّه : نصرانى أسلم ثم رجع الى النصرانيه ثم مات، قال: «ميراثه لولده النصارى، ومسلم تنصّر ثم مات، قال: ميراثه لولده المسلمين»(1).

فانّ صدرها وان يعمّ ما إذا كان للمرتدّ الملّى مسلم إلاّ انّه لابدّ من رفع اليد عن ذلک بما دلّ على أنّ الاسلام لا يزيد إلاّ عزّاً، وإنّ المسلم يرث الكافر ويحجب الوارث الكافر.

وما يقال من أنّ المرتد بكلا قسميه خارج عن حكم الكافر لتحرمه بالاسلام، ويكون دون المسلم وفوق الكافر لم يظهر له وجه صحيح، بل يمكن أن يقال: إذا لم يكن للمرتدّ الفطرى وارث مسلم ولم يقتل وقد اكتسب مالاً بعد ردتّه يكون ما اكتسبه زمان ردتّه لوارثه الكافر.

[1] إذا كان للمرتدّ ولد فهو محكوم بالاسلام إذا كان انعقاد نطفته قبل ارتداده

1- (1) الوسائل: 17، الباب 6 من أبواب موانع الارث، الحديث 1: 385.

....

الشَرح:

لا يخرج عن الاسلام بارتداده، وإذا كبر فاختار الكفر بحسب ارتداد الولد، فطرياً كما تقدّم أنّه أسلم احد الابوين بعد انعقاد نطفته حال كفرهما يحسب اسلام الولد تبعياً لاسلام أبويه أو احدهما، وإذا كبر واختار الكفر يكون ارتداده ملّياً.

ولا ينافى ذلک ما فى موثقه عمر بن خالد، عن آبائه، عن على عليه السلام ،قال: «إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الاسلام، فمن أدرک من ولده دعى الى الاسلام، فان أبى قتل وإذا أسلم الولد لم يجرّ أبويه ولم يكن بينهما اسلام»(1).

حيث يتعيّن حمل الدعوه الى الاسلام على صوره إظهار الكفر قبل البلوغ، والدعوه فى هذه الصوره الى الاسلام يجرى فيما إذا كان ارتداد الولد فطرياً أو ملّياً، وما فى عباره الماتن، من بيان وجوب الاستتابه وتقييده بصوره كفر الولد بعد بلوغه لا يمكن المساعده عليه، فانّ اختيار الولد الكفر إذا كان حال تمييزه وقبل بلوغه ايضاً يستتاب إلى أن يبلغ، فان لم يتب بعد ذلک قتل سواء كان ارتداده ملّياً أو فطرياً.

والفرق بين الملّى والفطرى أنّ الاوّل لا يقتل إلاّ مع الاستتابه عند بلوغه ايضاً، بخلاف الثانى فانّه يقتل بارتداده عند بلوغه، كما تقدم ذلک عند التعرض لصحيحه ابان بن عثمان.

ويمكن أن يقال: إنّ الطفل الذى لم يكن ولادته على الاسلام، بل جرى عليه حكم المسلم باسلام أحد ابويه، فهذا الحكم مادام لم يبلغ، وإذا بلغ فعليه الاعتراف بالاسلام، فان اعترف فهو وإلاّ يقتل كما هو ظاهر الموثقه.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المرتد، الحديث 7: 549.

ولو ولد بعد الردّه وكانت أمه مسلمه كان حكمه كالأوّل[1] وان كانت مرتده والحمل بعد ارتدادهما كان بحكمهما، لا يقتل المسلم بقتله وهل يجوز استرقاقه تردد الشيخ، فتاره يجيز لانه كافر بين كافرين، وتاره يمنع لأنّ اباه لا يسترق لتحرمه بالاسلام، وكذا الولد، وهذا أولى.

ويحجر الحاكم على امواله لئلا يتصرّف بالاتلاف[2]، فان عاد فهو أحق بها، الشَرح:

ويترتّب على ذلک أنّه قتله المسلم حال صغره بعد اسلام أبويه أو أحدهما يتلّق بالقاتل المسلم القصاص، وكذا إذا قتله بعد بلوغه ووصفه الاسلام، وأمّا إذا كان بعد البلوغ وقبل الوصف ففى ثبوت القصاص تأمّل، وظاهر الماتن الالتزام باسلام الولد قبل بلوغه وبعده مع عدم ارتداده بعد بلوغه، ولذا ذكر أنّ قاتله يقتل، سواء قتله حال صغره أو بعد بلوغه قبل ارتداده.

[1] مراده أنّه لو كان تكوّن الولد حال ارتداد أبيه ولكن كانت الام مسلمه يتبع الولد اسلام امّه، حيث إنّ الولد يتبع اشرف أبويه، وأمّا إذا كان عند تكوّنه أى انعقاد النطفه أبواه مرتدّين فهو محكوم بالكفر، وهل يجوز استرقاقه كان فى دار الاسلام أو دار الكفر.

قيل: لا يجوز لعدم جواز استرقاق أبيه لدخوله فى الاسلام قبل ارتداده، ويعبّر عن ذلک بتحرّمه بالاسلام وكذا الولد.

ولكن لا يخفى أنّ عدم جواز استرقاق أبيه لأنّه مسلماً وتعلّق به حدّ الارتداد عند ارتداده، والحدّ المزبور لا يجتمع مع جواز استرقاقه، أو أنّ ما دلّ على جواز استرقاق الكفّار لا يعمّ المرتد والمرتدّه، وشىء من ذلک لا يجرى على الولد المحكوم بالكفر من حين ولادته.

[2] قد تقدّم أنّه لا دليل على كون المرتد الملى أو المرتده محجوراً عليه فى

فان التحق بدار الكفر بقيت على الاحتفاظ ويباع منها ما يكون له الغبطه فى بيعه كالحيوان.

مسائل من هذا الباب.

الأولى: اذا تكرّر الارتداد، قال الشيخ: يقتل فى الرابعه[1]، وقال: وروى اصحابنا يقتل فى الثانيه أيضاً.

الشَرح:

امواله، وأنّ على الحاكم أن يحجر عليه فى امواله، فانّه لم يرد فى شىء من الخطابات كون الردّه من اسباب الحجر.

وما يقال من أنّ حجر الحاكم لئلاّ يتلف أمواله على وزثته المسلمون لا يمكن المساعده عليه، حيث إنّ امواله باقيه على ملكه والناس مسلطون على اموالهم، ولو كان ما ذكر موجباً للحجر عليه للزم على الحاكم الحجر على الذمى إذا كان له وارث مسلم، تحفظاً على ما يملكه المسلم، ولئلاّ يتلف الكافر ذلک المال بتمليكه المال لسائر ورثته الكفار حال حياته أو بغير ذلک.

[1] إذا تكرّر الملّى، قال الشيخ فى الخلاف: يقتل فى الرابعه بلا استتابه، واستدل عليه باجماع أصحابنا على أنّ اصحاب الكبائر يقتل فى الرابعه، وعن المبسوط: روى عنهم عليه السلام أنّ اصحاب الكبائر يقتلون فى الرابعه، وقال: روى اصحابنا ايضاً يقتل فى الثالثه.

أقول: دعوى الاجماع على القتل فى الرابعه كاكثر دعاوى الاجماعات فى الخلاف لا يمكن أن يتعمد عليها، قد روى فى التهذيب فى ابواب مختلفه عن يونس بن عبدالرحمن، عن أبى الحسن الماضى عليه السلام : «ان اصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحدّ مرتين قتلوا فى الثالثه»، وسنده الى يونس بن عبدالرحمن صحيح، ولكن لا دلاله للصحيحه على القتل فى الثالثه فى مفروض كلامنا، وذلک

....

الشَرح:

لعدم اقامه الحد على المرتد الملّى قبل المره الثالثه، فانّ حدّه القتل بعد الاستتابه وعدم توبته، والمفروض أنّه تاب فى المرّه الاولى والثانيه.

نعم، روى الكلينى قدس سره عن محمّد بن يحيى، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن على بن حديد، عن جميل بن دراج وغيره، عن أحدهما عليه السلام فى رجل رجع عن الاسلام، قال: يستتاب، قيل: فما تقول ان تاب ثم رجع، قال: لم اسمع فى هذا شيئاً، ولكنّه عندى بمنزله الزانى الذى يقام عليه الحد مرّتين ثم يقتل بعد ذلک، وقال: روى اصحابنا أنّ الزانى يقتل فى الثالثه(1).

ولكن لا يخفى أنّ القتل فى الثالثه استظهار جميل بن دراج لا الحكايه عن الإمام عليه السلام ، وأمّا روايه جابر عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل من ثعلبه قد تنصّر بعد اسلامه فشهدوا عليه، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ما يقوله هؤلاء الشهود؟ قال: صدقوا وأنا ارجع الى الاسلام، فقال: اما انّک لو كذبت الشهود لضربت عنقک وقد قبلت منک فلا تعد، فانک ان رجعت لم اقبل منک رجوعاً بعده»(2).

ولكن هذا ايضاً لا يمكن الاعتماد عليه، فانّ مع الاغماض عن ضعف سنده، مدلوله قتل المشهود عليه بتكذيبه الشهود، ومع عدم تكذيبه يقتل عليها فى المره الثانيه.

نعم، لا يبعد الالتزام بقتل المرتدّه إذا تابت بعد حبسها والتضييق عليها فى الطعام والشراب، الى ان تتوب أنه حد ردّتها، واللّه سبحانه هو العالم.

1- (1) الكافى 7: 256.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 3 من أبواب حد المرتد، الحديث 4: 548،الكافى 7: 257.

الثانيه: الكافر اذا اكره الاسلام، فان كان ممّن يقرّ على دينه لم يحكم باسلامه[1]، وان كان ممن لا يقرّ حكم به.

الثالثه: إذا صلى بعد ارتداده لم يحكم بعوده[2]، سواء فعل ذلک فى دار الحرب أو دار الاسلام.

الشَرح:

[1] قال بعض الاصحاب: إذا اكره الكتابى على الاسلام، فأسلم لا يقبل اسلامه، لأنّ الشهادتين مع الاكراه عليهما لا اثر له كما هو مقتضى طريان الاكراه على فعل ذى أثر فى سائر الموارد، فانّ الشهادتين ممّن يقرّ على دينه كالذمى يخرجه عن الكفر الى الاسلام، وإذا كانت شهادته بالاكراه عليها فلا يخرجه الى الاسلام، وهذا الكلام وان يجرى ممّن لا يقرّ على دينه ايضاً كالمشرک إلاّ أنّ السيره القطعيه من المسلمين كانت جاريه على قبول اسلامه اثناء القتال، بل قبله مع أنّه اسلام جلّهم لو لا كلّهم كان خوفاً من القتل واسر اهله وأخذ امواله .

ولكن الظاهر عدم صحه التفصيل لعموم لسيره المشار اليها، ورفع الاكراه لا يجرى فى موارد الاكراه على الحق، ويشهد للعموم استتابه المرتد الملّى بل المرتده مطلقاً على ما تقدم، بلا فرق بين كون ارتده بانكاره الشهادتين أو انكاره عموم رساله نبيّنا، بالاضافه الى جميع الناس أو جميع الازمنه، فانّ المرتدّ الملّى أو المرتدّه إذا اعترفت بالحق ورجع عن انكاره ولو بالاكراه عليه يسقط الحدّ عنه، قتلاً كان أو التأييد فى الحبس.

[2] قد يقيّد عدم الحكم بعود المرتدّ الى الاسلام بصلاته بما إذا لم يسمع الشهادتين منه فى صلاته، أو ما إذا كان ارتداده بغير انكارهما، ويعلّل عدم الكفايه فى الرجوع الى اسلامه لاحتمال صلاته، لزعمه أنّها تمنع عن إقامه الحدّ عليه، كما إذا صلّى فى دار الاسلام، أو لحكايه صلاه المسلمين الى السائرين، كما إذا صلى

الرابعه: قال الشيخ(ره) فى المبسوط: السكران يحكم باسلامه وارتداده، وهذا يشكل مع اليقين بزوال تمييزه، وقد رجح فى الخلاف.

الشَرح:

فى دار الحرب.

وممّا ذكر يظهر أنّ استماع الشهادتين منه فى صلاته ايضاً لا يفيد فى الحكم بعوده الى الاسلام، فانّ المعتبر فى الصلاه التلفّظ بألفاظ الشهادتين، ولا ولا يكون الشرط فى صحه الصلاه المدلول، ولذا لو لم يكن المصلّى عارفاً بمعناهما تصحّ الصلاه، وإذا كان الأمر فيمن يصلّى اداءًبوظيفته الشرعيه كذلک، فما ظنّک فى صلاه المرتد المحتمل وقوعها منه لحكايه فعل المسلمين أو لزعمه عدم اقامه الحد عليه معها.

نعم: إذا أحرز بوجه أنّ صلاته لرجوعه الى الاسلام والعمل بوظيفه الشرعيه، وأنّه قصد فى تشهده ألفاظ الشهادتين بمدلولهما، فهذا أمر آخر، وما تقدّم فى موحبيه نفس الصلاه الخارجيه المشاهده لعوده الى الاسلام.

لا يقال: قد تقدّم أنّ سماع الشهادتين من المرتدّ بل من مطلق الكافر حتّى مع الاكراه على الاسلام كاف فى الحكم باسلامه إذا احتمل قصد مدلولهما، وعليه فاذا احتمل أنّ المرتدّ بالتلفّظ بالشهادتين فى تشهد الصلاه قصد المدلول يبنى عليه فيحكم باسلامه.

فانّه يقال: ما تقدّم ما إذا كان المتلفّظ بهما فى مقام الاعتراف لا فى مثل الصلاه التى لا يعتبر فى صحتها كون المتلفّظ بهما فى مقام الشهاده والاعتراف كما تقدّم .

ذكر بعض الاصحاب أنّ الكافر إذا اعترف بالشهادتين حال سكره يحكم بأنّه قد أسلم، كما أنّ المسلم إذا سكر وجحد التوحيد والنبوه وغيرهما ممّا علم

الخامسه: كل ما يتلفه المرتد على المسلم يضمنه فى دار الإسلام والحرب حاله الحرب وبعد انقضائها وليس كذلک الحربى، وربما حظر اللزوم فى الموضعين لتساويهما فى سبب الغرم.

الشَرح:

من الذين بالضروره يحكم بارتداده، حيث إنّ السكران يلحق بالصّاحى، أى بمن زال عنه السكر، كما فى ارتكابه سائر ما يوجب الحد حال سكره كالزنا والقذف والسرقه وغيرها، والمنسوب الى المشهور كما يأتى فى بحث القصاص أنّ على القاتل حال سكره القود، وقد نقل الماتن قدس سره عن الشيخ فى المبسوط واشكل فى حصول الاسلام والارتداد، مع العلم بأن السكران لشده سكره فاقد للتمييز، حيث إنّ التمييز شرط فى حصول كل من الاسلام والكفر.

أقول: قد لا يكون انطباق عنوان الفعل الموضوع لحكم أو المتعلّق للحرمه والوجوب موقوفاً على قصد ذلک الفعل كالقتل والزنا وغير ذلک، وفى مثل هذه الموارد يؤخذ السكران بالافعال المزبوره، يترتّب على الفعل الصادر عنه حال سكره الحكم المترتب عليه إذا علم أو اطمئنّ أو حتّى إذا احتمل بصدورها عنه إذا سكر، وحديث رفع الخطأ لا يعمّ هذه الموارد لتحريم الشارع شرب المسكر، وهذا التحريم إلزام على المكلف بالتحفّظ على ما يصدر عنه من فعل الحرام حال سكره حتّى ولو كان ارتكابه محتملاً.

وأمّا إذا لم ينطبق عنوان الفعل على العمل إلاّ بالقصد حال العمل، كعنوان الشهاده والانكار والطلاق والبيع وسائر العناوين الانشائيه، فالسكران بسكر موجب لفقد التمييز والقصد حال العمل يوجب عدم تحقق ذلک العمل، ومن هذا القسم الاسلام والكفر.

الوجه فى ضمان المرتدّ، سواء كان ضمان تلف النفس أو الطرف أو المال،

السادسه: إذا حنّ بعد ردّته لم يقتل، لأنّ قتله مشروط بالامتناع عن التوبه ولا حكم لامتناع المجنون[1].

الشَرح:

مقتضى ادله الضمان قصاصاً وديه ومثلاً أو قيمةً، بلا فرق بين كون الاتلاف فى دار الاسلام أو دار الكفر، وعلى ذلک فلو وقع التزاحم بين اقامه الحدّ عليه واستيفاء الضمان، كما إذا قتل المرتدّ الملّى مسلماً وتعلّق به القصاص يتقدّم القصاص على اقامه الحد، كا هو مقتضى اهميه حقوق الناس.

بل يستفاد ذلک ممّا ورد فى القصاص عن المحارب الذى عليه القتل قصاصاً وحدّاً، وكذا الحال فى الكافر الاصلى إذا اتلف على المسلم نفساً أو طرفاً أو مالاً، حتّى ما لو اسلم بعد اتلافه.

وما قيل، من أنّه مع اسلامه بعد اتلافه يسقط ضمانه، لأنّ الاسلام يجبّ ما قبله، كما فى المروى فى غوالى اللئالى عن النبى صلى الله عليه و آله لا يمكن المساعده عليه، فانّه ضعيف سنداً، وعدم لزوم تدارک ما فات عن الكافر حال كفره من الصلاه والصوم وغيرهما للسيره القطعيه مع ورد الخبر فى بعض الموارد.

نعم، ما يتلفه الكافر الحربى على المسلم او المسلمين حال القتال فلا يبعد دعوى السيره القطعيه بأنّ المسلمين لم يكونوا ملزمين للكفار بعد اسلامهم بالضمان، ولذا كان ذلک موجباً لدخولهم فى الاسلام، وقد نقل سيره النبى صلى الله عليه و آله مع قاتل حمزه عليه السلام ، واللّه العالم.

[1] يعنى لا اثر لامتناع المحنون عن التوبه، وهذا بخلاف ما امتنع عن التوبه بعد الاستتابه ثم جنّ قبل جريان الحدّ عليه، فانّ جنونه هذا لا يوجب سقوط الحدّ كما تقدم فى حد الزنا وغيره، وعلى ذلک فان طرء الجنون على المرتد الفطرى بعد ارتداده يقتل، لعدم اشتراط قتله بالاستتابه وعدم التوبه .

السابعه: إذا تزوّج المرتد لم يصح، سواء تزوّج بمسلمه أو كافره، لتحرّمه بالاسلام المانع من التمسک بعقد الكافره[1]، واتصافه بالكفر المانع من نكاح المسلمه.

الثامنه: لو زوّج بنته المسلمه لم يصحّ لقصور ولايته عن التسلّط على المسلم[2]، ولو زوج أمته ففى صحه نكاحها تردّد، اشبهه الجواز.

التاسعه: كلمه الإسلام أن يقول: اشهد ان لا اله الاّ وان محمّداً رسول اللّه [3]، وان قال مع ذلک، وابرء من كلّ دين غير الإسلام كان تاكيداً، ويكفى الاقتصار على الاول، ولو كان مقراً باللّه سبحانه وبالنبى جاحداً عموم نبوته أو وجوده احتاج الى زياده تدل على رجوعه عما جحده.

الشَرح:

[1] قد تقدّم الكلام فى ذلک فلا نعيد.

[2] يظهر من عباره الماتن أنّ الأب والجد وللأب لهما ولايه تزويج بنتهما الباكره، ولكن إذا كان الأب أو الجد كافراً أو مرتداً فلا يكون للكافر أو المرتد الولايه على البنت المسلمه، كما هو مقتضى قوله سبحانه: «لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ للكافِرينَ على المؤْمِنينَ سَبيلاً»(1)، بل لو قيل باعتبار اذن الأب أو الجدّ فى تزويج البنت نفسها فاعتبار إذن الأب أو الجد الكافر ومنه المرتد الملّى ساقط لكونه سبيلاً عليها.

نعم، إذا زوج المرتد أمته المسلمه فلا يبعد الحكم بالصحه، فانّ تزوجها بالملک لا بالسبيل والولايه.

[3] كون ما ذكر كلمه الاسلام مستفاد من السيره القطعيه المشار اليها، وما ورد فى الروايات فى الفرق بين الاسلام والايمان كموثقه سماعه قال: قلت

1- (1) النساء: 141.

....

الشَرح:

لأبى عبداللّه عليه السلام : أخبرنى عن الاسلام والايمان أهما مختلفان، فقال: «ان الايمان يشارک الاسلام والاسلام لا يشارک الايمان»، فقلت: فصفهما لى، قال: «الاسلام شهاده ان لا اله الاّ اللّه والتصديق برسوله وحقنت به الدماء وعليه جرت المناكح والمواريث»(1).

وفى صحيحه فضيل بن يسار، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «ان الايمان يشارک الاسلام والاسلام لا يشاركه، ان الايمان ما وقر فى القلوب والاسلام ما عليه المناكح والمواريث»(2) الى غير ذلک.

ثم إنّ المراد من الشهادتين يعمّ ما يراد فهما، وما معناهما ولو من أى لغه، والظاهر عدم اعتبار كلمه أشهد، بل القول لا اله الاّ اللّه وانّ محمّداً رسول اللّه فى مقام الاعتراف والاقرار كاف فى الحكم باسلام الشخص، إذا لم يبرز شيئاً يعدّ قرينه واظهاراً للخلاف، كما هو مقتضى ما تقدم.

نعم، ربما يقال: إنّ الاعتراف بالشهادتين لا ينفع فى توبه الزنديق، فان بنائه على اخفاء مذهبه وعدم ابرازه، والاعتراف بالتكلّم بكلمه الاسلام يعدّ منه اخفاءً لمذهبه واظهاره، وتكلّمه بكلمه التوحيد أمر عادىّ له، حتّى إذا لم يكن مرتداً ولم يكن فى مقام التوبه.وعليه فاذا كان قتله بالزنديه واجباً كما إذا كان مرتداً ملّياً، فانّ احرز بالقرائن أنّه رجع الى الاسلام بتركه الزندقه، فهو وإلاّ فلا يكون مجرد تكلمه بالشهادتين مسقطاً للحد عنه.

أقول: لا وجه لرفع اليد عن اطلاق الروايات الوارده فى بيان الاسلام إذا

1- (1) الكافى: 2: 25.
2- (2) الكافى: 2: 26.

تتمه فيها مسائل:

الاولى: الذمىّ اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب[1] فأمان امواله باق، فان مات ورثه وارثه الذمى والحربى، وإذا انتقل الميراث الى الحربى زال الامان عنه، وأمّا الاولاد الاصاغر فهم باقون على الذمه، ومع بلوغهم يخيّرون بين عقد الذمه لهم باداء الجزيه وبين الانصراف الى مأمنهم.

الشَرح:

احتمل فى مقام توبته بعد الاستتابه أنّه رجع عن الزندقه ويزيد على الكلمتين اعترافه بالتبرء عن الزندقه، كمن يزيد عليهما نفى ما كان ارتداده بجحوده.

[1] إذا نقض الذّمى العهد ولحق بدار الحرب يزول عنه الامان وامواله الباقيه فى بلد المسلمين أو تحت استيلائهم كاولاده باقيه على الامان، فانّ لحوقه بدار الحرب نقض لعقد الذمه وعهد الامان بالاضافه الى نفسه، لا بالاضافه الى امواله الباقيه واولاده الصغار.

ودعوى أنّ الأمان بالاضافه الى أمواله تبع لعقد الذمه لا مستقلاًّ، ومع لحوقه بدار الحرب ينحلّ عقد الذمه ولكن بقاء أمواله على ما كان عليه لثبوت الاجماع لا يمكن المساعده عليها، فانّه إن اريد من التبعيّه عدم كون عقد الذمّه متضمناً أو مستلزماً اعطاء الأمان فى نفسه وأمواله وأولاده الصغار بنحو الانحلال مطلقاً، بل مادام الأمان بالاضافه الى نفسه باقياً أو مادام لم ينقض عقد الذمه فهذه التبعيه لا نسلّمها، بل عقد الذمه متضمّن بأن يكون كلّ من نفسه وأمواله وعياله باقياً على الأمان مادام فى بلد المسلمين أو تحت سيطرتهم، فبلحوقه الى دار الحرب ينتهى الأمان بالاضافه الى نفسه لا بالاضافه الى الأمان بالاضافه الى أولاده الكبار الذين كانوا صغاراً عند عقد الذمه، مع أنّ عقد الذمّه ينتهى بالاضافه اليهم عند بلوغهم.

وعلى ذلک فالأموال الباقيه منه فى بلد المسلمين ملک له، فان مات ورثه

الثانيه: إذا قتل المرتد مسلماً عمداً فللولى قتله قوداً[1]، ويسقط قتل الرده ولو عفى الولى قتل بالردّه، ولو قتل حطأً كانت الديه فى ماله مخففه مؤجله، لأنّه لا عاقله له على تردّد، ولو قتل أو مات حلّت كما تحلّ الاموال المؤجله.

الثالثه: إذا تاب المرتد فقتله من يعتقد بقائه على الردّه، قال الشيخ: يثبت القود لتحقق قتل المسلم ولأنّ الظاهر انّه لا يطلق الارتداد بعد توبته، وفى القصاص تردد[2] لعدم القصد الى قتل المسلم.

الشَرح:

الوارث الذمى والحربى، نعم إذا انتقل المال كلّه أو بعضه الى وارثه الحربى زال الأمان عنه لزوال الملک عمن اعطى امانها له.

وأمّا أولاده الصغار فهم باقون على الذمه، حيث إنّ اعطاء الأمان لهم بما أنّهم اولاده لا بعنوان ملكه، كما هو الحال فى أمواله، ولذا مع بلوغهم يخيرون بين أن يعقدوا عقد الذمه باعطاء الجزيه وبين انصرافهم الى مأمنهم وهم على أمانهم مادام لم يلحقوا بمأمنهم، كما هو الحال فى الكافر الحربى إذا دخل بلاد المسلمين بأخذ الأمان.

[2] لما تقدّم فى بحث المحارب أنّ القصاص يقدّم على القتل حداً، غايه الأمر لو عفى أولياء الدم عن القاتل يقتل حدّاً، وذكرنا ايضاً أنّ حقّ الآدمى عند تزاحمه مع حقّ اللّه يقدّم عليه لاحتمال الاهميه، لو لم نقل بأنّ اهميته معلوم.

وإذا قتل المرتد مسلماً خطأً يكون عليه الديّه حتّى لو كان قتله خطأً محصناً، بناءً على الوارث عنه ورثته المسلمون، والمسلم لا يعقل الكافر والمرتد الملى من الكافر.

[1] القول بثبوت القود ضعيف،، لأنّ المفروض أنّ القاتل لو كان عالماً بتوبته أو حتّى كان محتملاً لها لم يكن يقتله وكان قصده قتل المرتد ولكن لم يصبه بل

....

الشَرح:

أصاب غيره، فيدخل في عموم قوله عليه السلام في صحيحه الحلبى: «الخطأ من اعتمد شيئاً فأصاب غيره يعنى قصد شيئاً وأصاب غير المقصود.

والمقام مثل ما إذا رأى فى الظلمه انساناً واعتقد أنّه كافر حربى فقتله فبان انّه مؤمن، ومثل ذلک يدخل فى شبه العمد، حيث كان قاصداً قتل من قتله ولكن بالاعتقاد الخطأ، بحيث لو كان ملتفتاً لما كان يقتله لما كان يقتله، وزياده البحث فى المقام موكول الى بحث موجبات القصاص.

ص :391

ص :392

اشاره

فى اتيان البهائم ووطى ء الاموات وما يتبعه.

أمّا اتيان البهائم إذا وطأ البالغ العاقل بهيمه مأكوله اللحم كالشاه والبقره، تعلّق بوطيها أحكام تعزير الواطى ء واغرامه ثمنها ان لم يكن له، وتحريم الموطوئه ووجوب ذبحها واحراقهالئلا تشتبه بعد ذبحها بالمحلّله [1].

الشَرح:

[1] المراد ترتّب جميع تلك الاحكام إذا كان واطى ء البهيمه بالغاً عاقلاً مختاراً، وإن لم يكن كذلك لا يترتّب جميعها حيث لا تعزير على الصبى والمجنون بما هو المراد منه فى المقام، وان يؤدب الصبى بل المجنون إذا كان قابلاً، بل لا يكون تعزير مطلقاً فى المكره، وأمّا حرمه لحمها وشحمها ولبنها ونسلها ووجوب ذبحها واحراقها بل اغرام ثمنها إذا لم تكن ملكاً للواطى ء يترتّب على وط ء الانسان، سواء كان صغيراً أو كبيراً عاقلاً أو مجنوناً مختاراً أو مكرهاً.

ويدلّ على عموم الحكم فى وط ء الانسان البهيمه قبلاً أو دبراً الاطلاق فيما رواه الشيخ قدس سره بسنده عن محمّد بن احمد بن يحيى، عن محمّد بن عيسى، عن الرجل عليه السلام أنّه سئل عن رجل نظر الى راع نزا على شاه، قال: «ان عرفها ذبحها واحراقها وان لم يعرفها قسّمها نصفين أبداً حتّى يقع السهم بها فتذبح وتحرق وقد نجت سائرها»(1).

ولا يبعد اطلاقها، يعنى عدم الاستفصال فى الجواب عن الراعى بين كونه بالغاً أم لا إن يعمّ الحكم لوط ء غير البالغ، كما يعمّ الجاهل بالتحريم والعالم به، بل لا يبعد شمولها لمثل الابله.

وموثقه سماعه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يأتى البهيمه: شاه أو ناقه

1- (1) الوسائل: 16، الباب 30 من أبواب الاطعمه المحرمه، الحديث 1: 436.

....

الشَرح:

أو بقره، قال: فقال: «يحدّ حدّاً غير الحدّ»(1)، ثم ينفى من بلاده إلى غيرها، وذكروا أن لحم تلك البهيمه محرم ولبنها، ولا يبعد أن يكون مقتضى مناسبه الحكم والموضوع عدم دخل العقل والاختيار فيما قالوا عليهم السلام ، من حرمه لحمها ولبنها بل ونسلها، كما هو مقتضى الأمر بذبحها واحراقها بعد موتها.

وصحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، وعن الحسين بن خالد، عن أبى الحسن الرضا عليه السلام ، وعن صباح الحذراء، عن اسحاق بن عمار، عن ابى ابراهيم موسى عليه السلام ، فى الرجل يأتى البهيمه فقالوا جميعاً: «ان كانت البهيمه للفاعل ذبحت فاذا ماتت احرقت بالنار ولم ينتفع بها وضرب هو خمسه وعشرين سوطاً ربع حد الزانى، وان لم تكن البهيمه له قوّمت وأخذ ثمنها منه ودفع الى صاحبها وذبحت وإذا ماتت أحرقت ولم ينتفع بها وضرب خمسه وعشرين سوطاً»، فقلت: وما ذنب البهيمه؟ فقال: «لا ذنب لها ولكن رسول اللّه صلى الله عليه و آله فعل هذا وأمر به لئلا يجترى ء الناس بالبهائم وينقطع النسل»(2)، وقوله عليه السلام «ولا ينتفع بها» مقتضاه حرمه الانتفاع بنسلها ايضاً.

وربّما يخطر بالبال: لا يناسب ذكر لئلاّ يقطع النسل، عموم الحكم بالاضافه الى ما إذا كان الواطى ء صغيراً، ولكنه من قبيل بيان الحكمه، فلا ينافى عموم الحكم للصغير أو من تولّد له اطفال قبل وط ء البهيمه، المستفاد ممّا رواه محمّد بن عيسى الظاهر انّه العبيدى، بقرينه سائر ما يرويه محمّد بن احمد بن يحيى عنه، ويقال: المراد من الرجل هو الهادى أو أبى محمّد العسكرى عليهماالسلام .

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم، الحديث 2: 571.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم، الحديث 1: 570.

اما التعزير، فتقديره الى الامام[1]، وفى روايه يضرب خمسه وعشرين سوطاً، وفى الاخرى الحدّ وفى اخرى يقتل، والمشهور الأوّل.

اما التحريم، فيتناول لحمهما ولبنها ونسلها تبعاً لتحريمها، والذبح اما تلقيّاً أو لما يؤمن من شياع نسلها وتعذر اجتنابه، واحراقها لئلا تشتبه.

الشَرح:

ولو فرض المناقشه فيه بأنّه لم يثبت أنّ المراد بالرجل هو الامام عليه السلام ، وأنّ الوارد فى غيره عنوان الرجل فلا يعمّ الصبى، فلا ينبغى التأمّل فى كون الحاق الصبى أحوط، لعدم نقل الخلاف فى الحكم المزبور، وفى روايه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام : «انّ أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن البهيمه التى تنكح، قال: حرام لحمها ولبنها»، ومقتضى هذه ايضاً عموم الحكم، ولكنّها لضعف سندها صالحه للتأييد.

[1] الكلام فى العقوبه المترتّبه على واطى ء البهيمه إذا كان بالغاً عاقلاً مختاراً، فقد ورد فى بعض الروايات أنّ عقوبته القتل، ففى صحيحه جميل بن دراج عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل أتى بهيمه، قال: «يقتل»(1).

نعم فى بعض الكلمات أنّه ينفى الواطى ء عن بلده، والوارد فى موثقه دراج عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل أتى بهيمه، قال: «يقتل»(2).

ونحوه روايه سليمان بن هلال قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يأتى البهيمه، قال: «يقام قائماً ثم يضرب ضربه بالسيف أخذ السيف منه ما أخذ، قال: فقلت: هو القتل؟ قال: «هو ذاک»(3).

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث 6: 571.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث 6: 571.
3- (3) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث 7: 571.

....

الشَرح:

ولكن لم يعهد العمل بظاهما فى غير موارد التعوّد والتكرار مع إقامه الحدّ مرتين، كما هو مقتضى العموم فى صحيحه يونس بن عبدالرحمن، عن أبى الحسن الماضى عليه السلام : «إنّ أصحاب الكبائر كلّها إذا اقيم عليهم الحدّ مرتين يقتلون فى الثالثه»، ولكن القتل فى الثالثه أخذاً بالصحيحه لا يحسب قرينه عرفيه على أنّ المراد بالقتل فى صحيحه جميل، والروايه هو القتل فى المره الثالثه خصوصاً من صحيحه جميل.

بل الصحيح فى الجواب: أنّ الروايه ضعيفه سنداً، والقتل فى صحيحه جميل كنايه عن الضرب الشديد المعبّر عنه بالقتل، كما هو المتعارف، بقرينه موثقه سماعه المتقدمه الوارد فيها عليه: «ان يجلد حدّاً غير الحد»(1)، الظاهر فى التعزير.

وفى موثقه سدير عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يأتى البهيمه، قال: «يجلد دون الحدّ ويغرم قيمه البهيمه لصاحبها لأنّه افسدها عليه وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه الحديث»(2).

وفى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل بهيمه فاولج، قال: «عليه الحدّ»، وظاهرها وان يكون حدّ الزانى، بل ذكر صاحب الوسائل الروايه سهل بن زياد، مع أنّ النسخه من الكافى التى عندى ليس إلاّ قوله عليه السلام : «عليه الحد»، القابل للتقييد بغير الحدّ، كما فى موثقه سماعه.

وفى معتبره الحسين بن علوان المروى عن قرب الاسناد، عن جعفر، عن أبيه عن على عليه السلام أنّه سئل عن راكب البهيمه فقال: «لا رجم عليه ولا حدّ ولكن

1- (1) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث 2: 571.

2- (2) الوسائل: 18، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث 4: 571.

وان كان الأمر الاهم فيها، ظهرها لا لحمها كالخيل والبغال والحمير لم تذبح[1]، واغرم الواطى ء ثمنها لصاحبها، واخرجت من بلد الواقعه وبيعت فى الشَرح:

يعاقب عقوبه موجعه»، وهذا أقرب قرينه ممّا تقدّم على أنّ المراد بالقتل فى صحيحه جميل الضرب الشديد.

وكيف كان فلا يحتمل قتل واطى ء البهيمه حدّاً ولم يلتزم به احد من اصحابنا، ولم يثبت حدّ الزنا، أى الجلد بمائه سوط ولا بخمسه وعشرين، فانّه وإن ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام إلاّ أنّه نفى التحديد به فى سائر الروايات والثابت هو التعزير بما يراه الحاكم.

سماعه يجلد حدّاً غير الحدّ ثم ينفى من بلاده الى غيرها، وظاهر النفى عن بلاده الى غيرها غير النفى عن بلده، فانّ ظاهر الاوّل أن لا يستقرّ فى بلد يريد أن يسكن فيه، ولم نجد من التزم بذلک ضماً الى تعزيره، واللّه العالم.

ثم إنّ الأمر بذبح البهيمه واحراقها لا يتوقّف على ثبوت وطأها عند الحاكم، بل هو حكم يتعلّق بالبهيمه، فيجب التصدى له ممّن احرز الاتيان، بلا فرق بين مالكها وغيره حتّى الواطى ء، كما هو مقتضى توجيه التكليف الى الناظر الى راع نزا على شاه، والحكم بانّ لحم البهيمه وشحمها ولبنها محرّم ولا ينتفع منها، وأنّه أمر به رسول اللّه صلى الله عليه و آله لكيلا يجترى الناس بالبهائم وينقطع النسل.

ولا يبعد لزوم رعايه الذبح المعتبر فى تذكيه الحيوان لتعلّق الأمر بذبحها، الظاهر فى ذلک الذبح، حيث يحتمل كونه تعبداً لازهاق روح الحيوان قبل احراقه حتّى يجوز قتله كيف ما اتفق.

[1] ما ذكر قدس سره من وجوب اخراج الحيوان الموطوء المقصود به ظهره الى بلد آخر لا يعرف فيه كونه موطوءً وبيعه فيه هو المعروف بين اصحابنا، ويدلّ عليه

غيره، أمّا عباده لا لعله مفهومه لنا، أو لئلا يعير بها صاحبها، وما الذى يصنع بثمنها، قال بعض الاصحاب: يتصدّق به، ولم اعرف المستند، وقال الآخرون: يعاد على المغترم وان كان الواطى ء هو المالک دفع إليه، وهو اشبه.

ويثبت هذا بشهاده رجلين عدلين[1]، ولا يثبت بشهاده النساء انفردن أو انضممن، وبالاقرار ولو مرّه إن كانت الدابه له[2]،

الشَرح:

موثقه سدير أو حسنته عن أبى جعفر عليه السلام ، حيث ورد فيها: «إن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحد وأخرجها من المدينه التى فعل فيها الى بلاد اخرى، حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها»(1).

وظاهرها أنّ معطى الغرامه يخرجها الى بلد لا تعرف البهيمه فيه فيبيعها، ومقتضى ذلک تملّكه ثمنها حيث تملكها بدفع الغرامه الى صاحبها، والأمر فيها إذا كان واطؤها مالكها اظهر، فلا موجب للالتزام بلزوم التصدق بثمنها.

[1] ان شهاده العدلين يثبت بها كلّ موضوع إلاّ فى مورد قيام دليل على عدم كفايتها فيه كبينه الزنا، ووجه عدم ثبوت وطى ء البهيمه بشهاده النساء ولو مع الضمّ الى شهاده الرجل ما تقدّم من الرويات الداله على سماع شهادتينّ منفردات أو منضمات، إلاّ فى موارد خاصه، وليس المقام منها، والحاق المقام بالزنا لا يخرج عن القياس.

[2] إذا كان المقرّ مالک البهيمه يسمع اقراره مرّه فانّه اقرار على نفسه، ودعوى أنّ الاقرار بالاضافه الى الحدّ يعتبر بمرتين ولا يكفى المره الواحده، حيث إنّ الاقرار بمنزله شهاده عدل واحد لا يمكن المساعده عليه، فانّ الثابت فى المقام

1- (1) الوسائل: 18 :الباب 1 من أبواب نكاح البهائم ووطأ الاموات، الحديث 4.

وإلاّ ثبت التعزير حسب، وان تكرّر الاقرار، وقيل: لا يثبت الاّ بالاقرار مرتين وهو غلط، ولو تكرّر مع تخلّل التعزير ثلاثاً قتل فى الرابعه[3].

واما وطى ء الاموات.

ووطأ الميته من بنات آدم كوطى ء الحيّه فى تعلّق الاثم والحدّ واعتبار الاحصان وعدمه، وهنا الجنايه افحش، فتغلظ الغقوبه زياده عن الحدّ بما يراه الامام، ولو كنت زوجته اقتصر فى التأديب على التعزير وسقط الحدّ بالشبهه.

وفى عدد الحجه على ثبوته خلاف قال بعض الاصحاب: يثبت بشاهدين لانه شهاده على فعل واحد بخلاف الزنا بالحيّه.

الشَرح:

التعزير دون الحدّ، بل تقدّم أنّ التنزيل بالاضافه الى حدّ الزنا لا الى موجب كل حدّ ولو لم يكن المقرّ مالک البهيمه، فلا يسمع اقراره إلاّ بالاضافه الى تعزيره لا سائر الاحكام من ذبح الحيوان واحراقه وغير ذلک، حيث إنّ اقراره بالاضافه الى غير التعزير اقرار على الغير فلا يسمع حتّى مع تكراره بمرّات.

وثبوت الغرامه على الواطى ء مترتب على فساد الحيوان الذى لم يثبت ولذا يثبت باقراره اغرامه قيمه الحيوان، بخلاف التعزير، فانه يثبت للعصيان الذى اعترف به على نفسه.

ولو خفى فعل الواطى ء يجب عليه ذبح الحيوان واحراقه حتّى مالو كان للغير وايصال قيمه الى صاحبه إذا عرفه، ومع عدم عرفانه يدخل القيمه فى المال المجهول مالكه فيجرى عليه حكمه.

[3] قد تقدّم الكلام فى أنّ مقتضى صحيحه يونس: «أنّ اصحاب الكبائر يقتلون فى الثالثه إذا اقيم عليهم الحد مرتين»، وإذا بنى أنّ اقامه الحد يعمّ التعزير تعيّن الالتزام بقتل واطى ء البهيمه فى المره الثالثه بعد تعزيره بمرتين، بناءً على أن وطى ء البهيمه يدخل فى الكبائر ودخوله فيها لا يخلو عن تأمّل.

وقال: بعض الاصحاب: لا يثبت الاّ باربعه لأنّه زنا ولأنّ شهاده الواحد قذف ولا يندفع الحدّ الاّ بتكمله الاربعه، وهو اشبه. امّاالاقرار فتابع للشهاده فمن اعتبر فى الشهود اربعه، اعتبر فى الاقرار مثله. و من اقتصر على شاهدين، قال فى الاقرار كذلک.[1].

الشَرح:

[1] قد تقدّم فى بحث الزنا أنّه لا فرق فى صدقه بين كون الاجنبيّه حيّه أو ميتّه، وما ورد فى عدم ثبوت الزنا إلاّ بشهاده أربعه رجال أو نحوهم يعمّها.

وما يقال من أنّ الزنا بالحيّه يصدر ويوجد بفعل الاثنين، ولذا احتيج فى ثبوته الى شهاده اربعه رجال أو ماهو بمنزلها بخلاف الزنا بالميتّه، فانّه يتحقق بفعل الحىّ فيكفى فى ثبوته شهاده عدلين.

وفى خبر اسماعيل بن أبى حنيفه، عن أبى حنيفه، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان والزنا لا يجوز فيه إلاّ اربعه شهود، والقتل أشدّ من الزنا، فقال: «لأن القتل فعل واحد والزنا فعلان، فمن ثمّ لا يجوز إلاّ اربعه شهود على الرجل شاهدان وعلى المرأه شاهدان»(1).

وفى خبر آخر عن أبى حنيفه، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : أيّهما أشد الزنا أم القتل، فقال: «القتل»، قال: قلت: فما بال القتل جاز فيه شاهدان ولا يجوز فى الزنا إلاّ اربعه الى ان قال: فقال: «الزنا حدّان ولا يجوز إلاّ ان يشهد كل اثنين على واحد لأنّ الرجل والمرأه جميعاً عليهما الحدّ»(2).

لا يمكن المساعده عليه، لأنّ ثبوت الزنا يحتاج الى شهاده الاربعه ولو كانت المزنى بها مغمى عليهما أو فى النوم، والخبران ضعيفان سنداً، وعلى تقدير

1- (1) الوسائل: 19، الباب 1 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 103.
2- (2) الوسائل: 19، الباب 1 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 2: 103.

....

الشَرح:

صدورهما أو صدور أحدهما عن المعصوم عليه السلام ، فلابدّ من كون الوارد فيهما من قبيل الحكمه لا العلّه، أضف الى ذلک أنّ الحدّ فى الشهاده بالزنا لا يثبت على كلّ منهما دائماً.

وممّا ذكر ظهر أنّ الزنا بالميته لا يثبت بأقلّ من الاقرار بأربع مرات، وانّ كل اقرار بالزنا يحسب شهاده واحده، وممّا ذكرنا فيما تقدم فى بحث الزنا وأشرنا اليه فى المقام، من أنّه مع صدق الزنا على الزنا بالميته يعمّ ما ورد فى الزانى انّه يجلد مع عدم الاحصان ويرجم مع احصانه.

ويؤيّده ذلک روايه عبداللّه بن محمّد الحعفى، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل نبش امرأه فسلبها ثيابها ثمّ نكحها، قال: «حرمه الميت كحرمه الحىّ تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب، ويقام عليه الحدّ فى الزنا ان احصن رجم وان لم يكن احصن جلده مائه»(1).

وفى مرسله ابن عمير عن بعض اصحابنا، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الذى يأتى المرأه وهى ميتّه، فقال: «وزره اعظم من ذلک الذى يأتيها وهى حيه»(2).

وظاهر المرسله أنّ الزنا بالميتّه أشدّ حرمه واكثر ورزراً، وقد ادعى على ذلک تسالمهم، ولذا ذكر الماتن وغيره بل ادّعى عدم الخلاف فى أنّه يغلّظ فى اقامه الحد على الزانى، حتّى فيما كان الحد هو القتل، فيجرى التغليظ بالتعزير قبل القتل، ولكن فى استظهار التغليظ فى الحدّ من اكثريه الوزر وأشدّيه الغقاب الاخروى تأمّل.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 19 من أبواب حد السرقه، الحديث 2: 511.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب نكاح البهائم، الحديث 2: 574.

مسألتان:

الاولى: من لاط بميت كان كاللائط بالحىّ [1]ويعزر تغليظاً.

الشَرح:

وأمّا ما فى خبر النعمان بن عبدالسلام عن أبى حنيفه، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل زنى بميتّه، قال: «لا حدّ عليه»(1)، فلا يمكن رفع اليد به عن اطلاقه الآيه، والرويات لضعفها سنداً ومعارضتها بما تقدّم مع ثبوت المرجّح له بموافقته للكتاب.

هذا كلّه بالاضافه الى الاجنبيه، وأمّا إذا وطأ زوجته الميتّه فلا يجرى عليه حد الزنا، لزعم عامّه الناس بأنها بموتها لا تخرج عن الزوجيه فلا يكون زنا.

وعلى الجمله ما ورد فى الزنا ينصرف عن وطى ء زوجته الميته، نعم يحسب ذلک بنظرهم هتكاً وتعدّياً، فيثبت فيه التعزير.

[1] قد ظهر ممّا تقدّم فى الزنا بالميته وجه الحكم فى اللواط بالميت، وأنّه كاللواط بالحىّ فى أنّه يثبت بشهاده أربعه رجال، ويحسب الاقرار به بمرّه شهاده واحد.

وما يظهر من صاحب الجواهر قدس سره من ثبوته بمشاهده رجلين كثبوت الاستمناء بشهادتهما لا يمكن المساعده عليه، وكذا فى كلام الماتن قدس سره من تغليظ الحدّ، فانّه كما تقدّم فى الزنا من عدم استلزام أشدّيه الحرمه أشديه الحدّ.

اللّهم إلاّ ان يدّعى انّ اللائط بالميت ارتكب محرّمين، أحدهما اللواط والآخر هتک الميت، ويرد عليه بأنّ اللاطى بالحىّ ايضاً قد يكون ارتكابه كذلک كما فى الاكراه على اللواط، فانّ اللواط المزبور هتک للحىّ، فلابدّ من الالتزام بالتغليظ، وقد لا يكون هتكاً للميت كما إذا كان الميت كافراً.

1- (1) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب نكاح البهائم، الحديث 2: 574.

الثانيه: من استمنى بيده عزّر وتقديره منوط بنظر الامام[1]، وفى روايه: «ان علياً عليه السلام ضرب يده حتى احمرت وزوّجه من بيت المال»، وهو تدبير استصلحه لا انّه من اللوازم، ويثبت بشهاده عدلين والاقرار ولو مرّه، وقيل: لا يثبت بالمره، وهو وهم.

الشَرح:

[1] الاستمناء، هو الفعل المقابل للجماع المقصود به الانزال، سواء كان باليد أو بغيرها من اعضائه أو عضو غيره ولا ينبغى التأمّل فى حرمه إذا كان الفعل بغير عضو زوحته أو أمته حيث يحلّ الاستمناع بأعضائها بقصد الانزال وعدمه.

وفى موثقه عمّار بن موسى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل ينكح بهيمه أو يدلک، قال: «كلّ ما انزال به الرجل مائه من هذا وشبه فهو زنا»(1)، حيث انّه تنزل منزلته فى الاثم والحرمه.

وفى خبر زراره أنّ عليّاً عليه السلام أتى برجل عبث بذكره حتّى أنزل فضرب يده حتّى احمرّت، وقال: ولا اعمله إلاّ انّ قال: «وزوّجه من بيت مال المسلمين»(2)، وقد ورد هذا المضمون في خبر طلحه بن زيد(3) ومرفوعه محمّد بن عيسى الاشعرى عن أبى عبداللّه عليه السلام .

وفى مرسله العلاء بن رزين، عن رجل، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: سألته عن الخضخضه، قال: «هى من الفواحش»(4).

وفى خبر أبى بصير، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام : «ثلاثه لا يكلّمهم اللّه يوم

1- (1) الوسائل: 14، الباب 26 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 1: 264.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 2 من أبواب النكاح البهائم، الحديث 2: 575.
3- (3) الوسائل: 14، الباب 28 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 3: 267.
4- (4) الوسائل: 14، الباب 28 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 5: 267.

....

الشَرح:

القيامه ولا ينظر اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: الناتف شيبته والناكح نفسه والمنكوح فى دبره»(1).

وهذه الروايات وإن كان فى اسنادها ضعف ويشتمل معه كخبر أبى بصير على حرمه ما لا يمكن الالتزام بحرمته كنتف شعر الشيبه، إلاّ انّها تصلح لتأييد حرمه الاستمناء، ونحوه المستفاد من موثقه عمار.

وربمّا يخطر بالبال أنّ الموثقه لها معارض والمعارض صحيحه ثعلبه بن ميمون وحسين بن زراره، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يعبث بيديه حتّى ينزل، قال: «لا بأس ولم يبلغ به ذاک شيئاً»(2).

ولكن لم يذكر فى هذه الصحيحه اللعب بيديه ذكره، ولعلّ المراد العبث بيديه زوجته أو أمته حتّى ينزل، ويتعيّن هذا الجمع بين الموثقه وبينها، لأنّه من نحو الجمع بين الاطلاق والتقييد.

1- (1) الوسائل: 14، الباب 28 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 7: 267.
2- (2) الوسائل: 14، الباب 3 من أبواب النكاح المحرم، الحديث 3: 575.

الباب الثالث

فى الدفاع.

مسائل تتعلق بالدفاع

للانسان أن يدفع عن نفسه وحريمه وماله ما استطاع[1]، ويجب اعتماد

الشَرح:

[1] لا خلاف فى جواز دفع العدوان عن نفسه وعرضه وماله، سواء كان رجلاً أو امراه، وهذا الدفاع أمر مشروع يجب فيما كان الدفاع عن نفسه وعرضه ويجوز فيما كان عن ماله، وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتل عند مظلمته فهو شهيد»(1).

وفى صحيحه أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله «من قتل دون مظلمته فهو شهيد»(2).

ولا ينبغى التأمل فى أنه إذا توقّف التحفظ على نفسه وحريمه على الدفاع وجب لوجوب التحفظ، وإذا لم يتوقّف كما إذا حصل التحفظ بالهرب فلا يجب، ولا يجوز الهرب والفرار عن الزحف أو فيما كان الدفاع عن الحوزه الاسلاميه وبلاد المسلمين وعزّهم.

ومشروعيه الدفاع عن النفس والعرض والمال غير مشروط بالعلم بالسلامه، بل إذا احتمل التلف ولو بالدفاع عن ماله جاز، كما هو ظاهر قوله عليه السلام : «من قتل دون مظلمته فهو شهيد»، حيث لم يقيّد بما إذا لم يكن يحتمل القتل، وفى ذيل صحيحه أبى مريم،ثم قال: «يا أبا مريم هل تدرى دون مظلمته»، قلت: فذاک يقتل دون أهله ودون ماله واشباه ذلک، قال: «يا أبا مريم إنّ من الفقه عرفان الحق»، وظاهر قوله عليه السلام تقرير السائل فيما ذكره.

1- (1) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 8،9.
2- (2) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث، 9.

....

الشَرح:

وقد ذكروا أنّ الدفاع عن النفس واجب حتّى ما إذا لم يعلم بالسلامه واحتمال تلف نفسه فى الدفاع، بل مع العلم بالتلف ايضاً، فانّه لا يجوز الاستسلام بخلاف الدفاع عن المال فانّ الدفاع عنه غير واجب، نعم إذا كان المال بحيث يجب عليه حفظه فيجب الدفاع عنه مع الأمن على نفسه من التلف وإلاّ فلا يجب.

وفى صحيحه الحسين بن أبى العلاء، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقاتل دون ماله، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من قتل دون ماله فهو بمنزله الشهيد»، فقلت: أيقاتل أفضل أو لا يقاتل، فقال: «ان لم يقاتل فلا بأس، وأمّا انا لو كنت لم اقاتل وتركته»(1)، فانّ ظاهرها عدم وجوب الدفاع عن المال وأنّه لا بأس بتركه حتّى مع الأمن على نفسه.

ولا يبعد أن يقال بوجوب الدفاع عن نفسه الغير ايضاً مع الأمن على نفسه، وكذا عن مال الغير الذى يقع فى الابتلاءوالحرج مع تلفه، وفى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من سمع رجلاً ينادى ياللمسلمين فلم يجبه فليس بمسلم»(2).

هذا كلّه بالاضافه الى الدفاع عن نفسه وماله، وأمّا الدفاع عن الحريم والعرض، فهل يلحق بالدفاع عن النفس أو بالدفاع عن المال، فقد يقال بلحوق الدفاع عنهما بالدفاع عن النفس، ولكن قد استظهر لحوقه بالدفاع عن المال الذى يجب على مالكه التحفظ عليه لتوقف اعانته عليه، ويستظهر عليها فى الزنا بها، ولعله يأتى الكلام فى ذلک ان شاء اللّه.

1- (1) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 10.
2- (2) الوسائل: 18، الباب 7 من أبواب الدفاع، الحديث 1.

الاسهل، فلو اندفع الخصم بالصياح اقتصر عليه[1]، ان كان فى موضع يلحقه المنجد، وان لم يندفع عول على اليد، فان لم تغن فبالعصا، فان لم يكف فبالسلاح، الشَرح:

[1] ذكر جمله من الأصحاب بل المعروف بينهم أنّه يجوز الدفاع أو يجب على ما مرّ، ويجب فيه ملاحظه المراتب فى امكان الدفع، فان امكن الدفع بمرتبه أدنى، كما إذا كان الخصم يندفع بالصياح لم يجز الضرب، ومع وصول النوبه الى الضرب يجب أن يلاحظ فيه مراتبه.

وقد تقدّم أنّ ما ورد فى المحارب واللص والمطّلع على داره مقتضاه عدم لزوم رعايه المراتب، كمعتبره غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه، انّه قال: «إذا دخل عليك رجل يريد أهلك ومالک فبدره بالضربه إن استطعت، فانّ اللص محارب للّه ولرسوله صلى الله عليه و آله فما تبعک منه شىء فهو علىّ»(1).

ومعتبره الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه عليهماالسلام ، قال: «كان على بن ابى طالب عليه السلام يقول: من دخل عليه لصّ فليبدره بالضربه فما تبعه من أثم فأنا شريكه فيه»(2).

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «ايّما رجل اطلع على قوم فى دارهم لنيظر الى عوراتهم ففقؤا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم، وقال: من اعتدى فاعتدى عليه فلا قود له»(3).

وصحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «عوره المؤمن على المؤمن حرام، وقال من اطلع على مؤمن فى منزله فعيناه مباحه للمؤمن فى تلک

1- (1) الوسائل: 18، الباب 5 من أبواب حد المحارب، الحديث 2: 543.
2- (2) الوسائل: 11، الباب 46 من أبواب جهاد العدو، الحديث 17.
3- (3) الوسائل: 19، الباب 25من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 7:50.

ويذهب دم المدفوع هدراً جرحاً كان أو قتلاً[1]، ويستوى فى تلك الحرّ والعبد.

ولو قتل الدافع كان كالشهيد، ولا يبدئه ما لم يتحقق قصده إليه[2] وله دفعه ما

الشَرح:

الحال، ومن دمر على مؤمن بغير اذنه فدمه مباح للمؤمن فى تلك الحاله»(1)، الى غير ذلک.

نعم، لا يبعد الالتزام بأنّه إذا اندفع بغير القتل لا يجوز القتل، كما يشير الى ذلک ما ورد فى المطلع على الغير، كما يلتزم بأنّه إذا ضربه مرّه، بحيث لا يتمكّن معه من اضراره، فلا يجوز تكرار الضرب والجرح، حيث إن ظاهر الترخيص فى الروايات أنّه لدفع ضرره، وإذا اندفع بالمره الاولى يكون التكرار عدواناً، فلا يجوز ويضمن التعدى.

[1] بلا خلاف يعرف، ويدلّ عليه جمله من الروايات كصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «ايّما رجل قتله الحدّ فى القصاص فلا ديه له، وأيّما رجل عدا على رجل ليضربه فدفع عن نفسه فجرحه أو قتله فلا شىء عليه، وأيّما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر الى عوراتهم ففقؤا عينيه أو جرحوه فلا ديه له، وقال: من بدأ فاعتدى فاعتدى عليه فلا قود له»(2).

وصحيحه عبداللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول فى رجل أراد امرأه على نفسها حراماً فرمته بحجر فاصاب منه مقتلاً، قال: «ليس عليها شىء فيما بينها وبين اللّه عزّ وجلّ وان قدمت الى امام عادل اهدر دمه»(3)، الى غير ذلک.

[2] ذكر ذلک فى كلام الاصحاب وأنّه إذا تحقق للشخص ان المدفوع يريد

1- (1) الوسائل: 19، الباب 25من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2:50.
2- (2) الوسائل: 19، الباب 22 من أبواب القصاص النفس، الحديث 1: 42.

3- (3) الوسائل: 19، الباب 23 من أبواب القصاص النفس، الحديث 1: 44.

دام مقبلاً، ويتعيّن الكف مع ادباره، ولو ضربه فعطلّه لم يذفف عليه لاندفاع ضرره.

الشَرح:

نفسه أو ماله أو عرضه جاز له أن يبدره ويدفع عن نفسه وعرضه وماله ضرره، وإذا لم يتحقّق ذلک فلا يجوز له المبادئه، لأنّ الموجب للجواز عنوان الدفاع عن النفس أو العرض أو المال فمع عدم قصد المدفوع التعدى عليه لا يصدق عنوان الدفاع، بل ذكر بعضهم ككاشف اللثام لا يجوز شيء ممّا ذكر حتّى مع احراز ان قصده التعدى اذا احرز الشخص انّه غير متمكّن من التعدى عليه لوجود حائل من نهر أو حائط أو حصن أو قفل باب ونحو ذلک.

وفى المعتبره المتقدمه: «إذا دخل عليک رجل يريد أهلک ومالک فابدره بالضربه إن استطعت، فان الص محارب للّه ولرسوله».

نعم، مقتضاها كمقتضى غيرها انّه لا يعتبر مع قصده التعدى العلم، بأنّه ان لم يبدره لنال منه أو من اهله وماله بل يكفى فى ذلک احتمال نيله، ومع ذلک لا يبعد عدم اعتبار احراز قصد التعدى فيما إذا كان المدفوع لصّاً أو محارباً لبعض الاطلاعات المشار اليها.

وعلى كلّ تقدير فللمالک أن يمنع عن الدخول الى داره، فانّ الدخول فيها نفسه تعدّو عدوان، إلاّ إذا احرز أنّه مضطر الى الدخول لخوفه من سبع أو محارب أو سارق، حيث لا يكون دخوله فيها عدواناً.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ مع ادبار لا يكون ضربه أو جرحه أو قتله دفاعاً، ولو ضربه وعطّله بحيث لا يتمكّن من اضراره لا يجوز ان يدنف عليه أى يجهّز عليه، ويترتّب انّه لو ضربه مقبلاً فقطع يده فلا ضمان على الضارب لا فى قطعه ولا فى سرايه جرحه بكونه للدفاع، ولكن لو ولّى فضربه ثانياً وقطع يده الاخرى تكون الثانيه مضمونه لأنّها عدوان.

ولو ضربه مقبلاً فقطع يده فلا ضمان على الضارب فى الجرح ولا فى السرايه، ولو ولى فضربه اخرى فالثانيه مضمونه، فان اندملت فالقصاص فى الثانيه ولو اندملت الاولى وسرت الثانيه ثبت القصاص فى النفس، ولو سرتا فالّذى يقتضيه المذهب ثبوت القصاص بعد ردّ نصف الديه[1].

ولو قطع يده مقبلاً ورجله مدبراً ثم يده مقبلاً ثم سرى الجميع، قال فى المبسوط: عليه ثلث الديه إن تراضيا بالديه وان اراد الولى القصاص جاز بعد ردّ ثلثى الديه، وأمّا لو قطع يده ثم رجله مقبلاً ويده الاخرى مدبراً وسرى الجميع فان توافقا على الديه فنصف الديه وان طلب القصاص ردّ نصف الديه، والفرق أنّ الجرحين هنا تواليا فجرى مجرى الجرح الواحد وليس كذلک فى الاولى.

وفى الفرق عندى ضعف والاقرب أنّ الاولى كالثانيه، لان جنايه الطرف يسقط اعتبارها مع السرايه، كما لو قطع يده وأخر رجله ثم قطع الأوّل يده الاخرى فمع السرايه هما سواء فى القصاص والديه.

الشَرح:

وعلى ذلک فان اندملت الثانيه فالقصاص على الضارب فى القطع الثانى، ولو اندملت الاولى ولم تندمل الثانيه بل سرت ومات المقطوع ثبت على الضارب القصاص فى النفس، على ما تقدّم فى بحث سرايه الجرح.

ولكن المحكى عن الشيخ سقوط السرايه عن الحكم، بل يتعلّق بالضارب المزبور القصاص فى قطع يده أو يأخذ المقطوع نصف الديه يعنى ديه يده المقطوعه ثانياً، وما ذكر قدس سره خلاف ما بنوا عليه الاصحاب، أى المشهور انّ الجرح إذا سرى يسقط عن الحكم ويثبت قصاص النفس.

[1] ما ذكر الماتن قدس سره مبنى على القاعده المذكوره فى القتل، من أنّه إذا استند الى سببين، أحدهما مضمون والاخر غير مضمون، يثبت لاولياء المقتول حق

....

الشَرح:

القصاص من القاتل بعد ردّ نصف الديه عليه، ولكن ما تقدّم عن الشيخ قدس سره من سقوط حكم السرايه فى الفرض ثبوت القصاص فى اليد المقطوعه ثانيه أو أخذ نصف الديه.

ثم نقل الماتن قدس سره عن الشيخ قدس سره فرعين ذكرهما فى المبسوط.

الاوّل: أنّه لو قطع يده مقبلاً ورجله مدبراً ثمّ يده مقبلاً ثمّ سرى الجميع أنّ على القاطع ثلث الديه أن تراضيا على الديه، وان اراد الولى القصاص جاز بعد ردّ ثلثى الديه على القاطع.

أقول: وكأنّ الديه توزع على عدد الجنايه والفرض أنّ الاثنين منها غير مضمونان، ولكن مقتضى ما تقدم منه قدس سره من سقوط حكم السرايه أن يكون على القاطع القصاص فى الرجل أو أخذ نصف الديه أو ثلثها.

والثانى: إذا قطع الدافع يده الاخرى فى حال ادباره وسرى الجميع، فان توافقا على الديه فعلى القاطع نصف الديه للنفس، وإن أراد اولياء المدفوع القصاص ردّوا على الدافع نصف الديه.

وذكر فى الفرق بين الفرعين أنّ الجرح غير المضمون على الدافع فى الاول اثنان والمضمون جرح واحد، حيث إنّ الفصل بين الجرحين الاول والثالث بالجرح المضمون يوجب تقسيط الديه الى الاسباب الثلاثه بخلاف الفرع الثانى، حيق إنّ الجرحين غير المضمونين حيث تعاقباً يعدّان جرحاً واحداً فيكون المضمون واحدً وغير المضمون واحداً فيقسط الديه بالمناصفه.

ولكن لا يخفى أنّ عدّ الجرحين واحداً أو متعدداً انّما هو فى فرض الاندمال، وأمّا مع السرايه فيسقط حكم الجرح فان استند القتل الى سبب مضمون أو غير

مسائل من هذا الباب.

الاولى: لو وجد مع زوجته أو مملوكته أو غلامه من ينال دون الجماع فله دفعه، وان أتى الدفع عليه فهو هدر.

الشَرح:

مضمون أو الى شخصين يقسط الثمن عليهما كان الجرح واحداً أو متعدداً، وعليه يكون فى الفرعين على الدافع نصف الديه مع مطالبتها أو القصاص مع ردّ نصف الديه عليه، على ما اشرنا اليه من القاعده.

وهذا بناء على ما تقدّم من جواز الدفاع أو وجوبه عن عرضه، سواء كان من ينال منهم بنحو القهر ولاكراه عليهم أو بغيره، ولو ادّى الدفع الى قتل المعتدى كان دمه هدراً إذا توقف الدفع، عليه على ما تقدّم، والتقييد بغير الجماع لما تقدّم من أن المشهور على جواز القتل عنده.

نعم، لو كان ذلک بغير زوجته وأمته وغير ولده وبنته وسائر ارحامه ممّن يحسب التعدى عليه من التعدى على عرضه، ففى الالتزام بوجوبه بل جوازه حتّى ما لو أدّى الدفع الى جرح المتعدى أو قتله تأمّل، ولكن الاظهر الجواز بل الوجوب إذا انطبق عليه عنوان الدفاع عن عرض المؤمن، كما إذا استغاث صاحب العرض، كما هو مقتضى قوله عليه السلام : «من سمع منادياً ينادى يا للمسلمين فلم يجبه فليس بمسلم»، وعونک الضعيف من افضل الصدقه.

نعم، هذا مع الظنّ بالسلامه، وإذا لم يصدق عليه عنوان الدفاع عن عرض المؤمن، كما إذا كان النيل بغير الاكراه والقهر، فجواز القتل بل ما دونه من الجرح فضلاً عن وجوبه لم يثبت، حيث إنّ الفرض يدخل فى عنوان منع الغير عن المنكر، فجواره بأىّ مرتبه من كلّ احد فضلاً عن وجوبه لا دليل عليه.

وعلى الجمله، لا تأمّل فى جواز دفاع المكلف عن عرضه بل عرض اخيه

الثانيه: من اطلع على قوم فلهم زجره[1]، فلو اصرّ فرموه بحصاه أو عود فجنى ذلک عليه كانت الجنايه هدراً، ولو بادر من غير زجر ضمن، ولو كان المطلع الشَرح:

المؤمن، فانّ الدفاع عن المال إذا كان أمراً جائزاً يكون الدفاع عن العرض اولى بالجواز، بل ذكرنا وجوب ذلک مع ظنّ السلامه حتّى إذا كان العرض عرض اخيه المؤمن، مع أنّ قوله عليه السلام : «من قتل دون مظلمته فهو شهيد»، يشتمل دفاع الانسان عن عرضه ولو مع احتمال تلفه، فيكون مقتضى الشمول جوازه، كما يكون مقتضى ما ورد فى هدر دم المعتدى عدم ضمان الدافع، والتعدى على العرض المفروض فى المقام أشدّ من التعدى فى الاطلاع على داره الوارد فيه جواز الدفاع ونفى الضمان.

ولكن هذا كلّه بينه وبين ربّه، وأمّا إذا ادّعى ورثه المدفوع قتل مورّثهم عدواناً أو ادّعى المدفوع الحنايه عليه عدواناً، فعلى الدافع اثبات ان القتل أو الجرح كان دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو ماله أو إجابه لدعوه أخيه المظلوم الى الدفعاع عن عرضه أو نفسه، ومع عدم تمكّنه من الاثبات بوجه يكون عليه القصاص كما هو ميزان القضاء فى المراقبات.

[1] زجره فيما احتمل أنّ اطّلاعه ليس لغرض التتبّع من عوراتهم أمر لازم، وأمّا إذا أحرز أنّ غرضه التتبع منها فلان الزجر أدنى مرتبه من الدفاع عن العرض ولو اصرّ بعد ذلک فجواز الرمى بحصاه أو عود أو غيرهما مع اختيار الاسهل فالاسهل بلا كلام فان اتفق بذلک الجنايه عليه كانت الحنايه هدراً، وقد تقدّم أنّ مقتضى الاطلاق فى بعض الروايات عدم لزوم رعايه الترتيب بين الاسهل فالاسهل، كما فى الدفاع عن تعدّى المحارب واللصّ.

وفى صحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام ،قال: «عوره المؤمن على

....

الشَرح:

المؤمن حرام، ومن اطّلع على المؤمن فى منزله فعيناه مباحه للمؤمن فى تلک الحال، ومن دمر على مؤمن بغير اذنه فدمه مباح للمؤمن فى تلک الحال»(1).

وفى موثقه عبيد بن زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «اطلع رجل على النبى من الجريد، فقال له النبى صلى الله عليه و آله : لو أعلم انّک تثبت لى لقمت اليک بالمشقص حتّى افقأ به عينک، قال: فقلت له: وذاک لنا، فقال: ويحک أو ويلک، اقول لک: ان رسول اللّه صلى الله عليه و آله فعل وتقول ذاک لنا»(2).

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «ايّما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر الى عوراتهم ففقؤا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم، ومن اعتدى فاعتدى عليه فلا قود له»(3).

وأمّا ما ورد فيه جواز قتله، وهو خبر العلاء بن الفيصيل، عن أبى عبداللّه ، قال: «إذا اطلع رجل على قوم يشرف عليهم أو ينظر من خلل شىء لهم فرموه، فاصبوه فقتلوه، أو فقؤا عينه فليس عليهم غرم»(4)، لضعف سنده لا يمكن الاعتماد عليه، فانّ فى سنده محمّد بن سنان.

وأمّا ما ذكر الماتن قدس سره من أنّه لو بادره من غير زجر ضمن، فللدعوى انصراف الاخبار المتقدمه من المبادره من غير زجر، وقد تقدّم أنّ الزجر والانذار إذا احتمل أنّ اطّلاعه لغرض آخر غير تتبع عورات اهل الدار قطعى لغفله اكثر الناس عن

1- (1) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب قصاص النفس، الحديث 2: 49.
2- (2) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب قصاص النفس، الحديث 4: 49.
3- (3) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب قصاص النفس، الحديث 7: 50.
4- (4) الوسائل: 19، الباب 25 من أبواب قصاص النفس، الحديث 6: 50.

رحماً لنساء صاحب المنزل اقتصر على زجره، ولو رماه والحال هذه فجنى عليه ضمن[1]، ولو كان من النساء مجرّده جاز زجره ورميه، لأنّه ليس للمحرم هذاالاطلاع.

الثالثه: لو قتله فى منزله فادّعى أنّه اراد نفسه أو ماله وانكر الوارثه فاقام هو البيّنه أنّ الداخل عليه كان ذا سيف مشهور مقبلاً على صاحب المنزل، كان ذلک علامه قاضيه برجحان قول القاتل[2]، ويسقط الضمان.

الشَرح:

حرمه هذا الاطلاع، ولو جاز فقأ العيون بمجرد الاطلاع لم يبق لكثير من الناس عيونهم، وقد تقدّم فى صحيحه الحلبى تقييد الاطلاع على قوم لينظر الى عوراتهم، ولقوله صلى الله عليه و آله للمطلع عليه: «لو اعلم انّک تثبت لى لقمت اليک باليشقص».

وأمّا إذا أحرز الغرض وانّ اطلاعه عليهم لتتبع عوراتهم، فالوجه فى اعتبار الزّجر فى رميه بحجر ونحوه دعوى انصراف الاخبار الى صوره الاستمرار عليه بعد زجره، ولو بارتكابه قرينيه، ولقد أعذر من أنذر.

[1] وممّا ذكر يظهر الحال إذا كان المطلّع رحماً لنساء أهل المنزل، فانّه يقتصر على زجره ولو رماه والحال هذه ضمن، لانصراف الاخبار الوارده عن اطلاعه على محارمه، إلاّ إذا كان الحال بحيث لا يجوز للمحرم ايضاً النظر، بحيث يكون رميه بعد زجره دفاعاً عن العرض ومنعه عن التلذذ والريبه أو النظر الى عين العوره.

[2] وقد يعللّ ذلک بأنّ علم الشاهد بقصد الداخل التعدى والقتل مما يتعذر غالباً، فيكفى فيه بالقرائن الحاليه، وشهر الداخل سلاحه مقبلاً قرينه على قصد التعدى.

أقول: الظاهر أنّ هذا الفعل نفسه موجب لهدر دم الداخل، حتّى وان لم يعلم

الرابعه: للانسان دفع الدابه الصائله عن نفسه، فلو تلفت بالدفع فلا ضمان[1].

الشَرح:

صاحب المنزل قصد الداخل قتله، بأن كان ذلک محتملاً عنده، بحيث لم يبادر الى قتله لا يتمكن بعده من الدفاع عن نفسه، فانّ هذا هو القدر المتيقن من قوله عليه السلام فى معتبره السكونى، عن جعفر، عن آبائه، قال: قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من شهر سيفاً فدمه هدر»(1).

وعلى ذلک فان اقيمت البيّنه بدخوله دار الغير شاهراً سلاحه، فلورثه المقتول على القاتل يعنى صاحب الدار دعوى علمه بعدم قصد الداخل التعدى والقتل، وإذا حلف على عدم علمه سقط دعوى القصاص عليه ويحكم بهدر دم الداخل.

وأمّا إذا لم تقم البيّنه على دخول داره كذلک ولا بنحو التعدي، فعلى صاحب الدار اثبات دخوله على نحو التعدى، وأنّ قتله كان دفاعاً عن عرضه أو نفسه أو ماله.

ويمكن الاستدلال على ذلک بصحيحه داود بن فرقد، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «سألنى داود بن على عن رجل كان يأتى بيت رجل فنهاه أن يأتى بيته فأبى أن يفعل فذهب الى السلطان، فقال السلطان: ان فعل فاقتله، قال: فقتله فماترى فيه، فقلت: أرى ان لا يقتله انّه ان استقام هذا ثم شاء أن يقول كلّ انسان لعدّوه دخل بيتى فقتلته»(2)، فانّ ظاهرها أنّ مع عدم ثبوت دعوى القاتل الدفاع عن عرضه يتعلّق به القود.

[1] هذا إذا توقف الدفع عليه بحيث لا يمكن الفرار منها، وليست الدّابه كمن

1- (1) الوسائل: 19، الباب 22 من أبواب قصاص النفس، الحديث 7: 44.
2- (2) الوسائل: 19، الباب 69 من أبواب قصاص النفس، الحديث 3:102.

الخامسه: لو عضّ على يد انسان فانتزع المعضوض يده فندرت اسنان العاضّ كانت هدراً[1]، ولو عدل الى تخليص نفسه بلكمه أو جرحه ان تعذّر التخلّص بالاخفّ جاز، وان تعذّر جاز أن يبعجه بسكين أو خنجر، ومتى قدر على التخلص بالاسهل فتخطّى الى الاشق ضمن.

الشَرح:

يدخل على الغير للتعدى عليه، وقد تقدّم جواز الدفاع حتّى مع التمكن من الفرار، حيث انّ الدابه لا يعدّ تعدياً كتعدى الانسان على غيره.

ويمكن الاستدلال على عدم الضمان بصحيحه معلّى بن عثمان، عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل غشيه رجل على دابه فأراد أن يطأه، فزجر الدابه فنفرت بصاحبها فطرحته، وكان جراحه أو غيرها، فقال: «ليس عليه ضمان وانما زجر عن نفسه وهى الجبار»(1).

فانّه إذا لم يكن الضمان بالاضافه الى ما يصيب راكب الدابه فبالاضافه الى الدابه بالاولويه، كما هو مقتضى التعليل ايضاً.

[1] هذا ايضاً يدخل فيما تقدم من جواز الدفاع عن النفس وأنّ الدفاع إذا أدى الى اصابه المتعدى يكون ما يصيبه هدراً، ولذا لو كان الأمر بالعكس، بان كان المعضوض هو الظالم وقد عضّه المظلوم ليرفع الظالم يده عنه فانتزع المعضوض يده فسقط اسنان العاض ضمن المعضوض، كسائر الجنايه التى يوردها الظالم على الدافع عن نفسه وعرضه وماله.

ولو اعتمد المعضوض فى تخليص نفسه عن العاض الظالم على لكمه، وهو الضرب باليد مع جمع الاصابع فى الكف، ومنه الملاكمه المعروفه، أو على جرحه، فمع تعذّر التخلصّ بغيرهما من الاسهل جاز، وكذا لو توقّف التخلّص عنه

1- (1) الوسائل: 19، الباب 37 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 1: 206.

السادسه: الزحفان العاديان يضمن كلّ منهما كلّ منهما ما يجنيه على الآخر[1]، ولو كفّ أحدهما فصال الآخر فقصد الكاف الدفع لم يكن عليه ضمان إذا اقتصر على ما يحصل به الدفع والآخر يضمن، ولو تجارح أثنان وادعى كل منهما الدفع عن نفسه حلف المنكر وضمن الجارح[2].

الشَرح:

على بعج العاضّ بسكين أو خنجر أى شقّ بطنه أو غيره بهما جاز ولا ضمان.

نعم، مهما أمكن التخلّص بالأسهل وتجاوز بأن اختار الاشقّ ضمن الجنايه، ومع عدم التفاته، الى الأسهل، فالضمان بالاضافه الى الديه خاصه، ولا يثبت للمتعدّى القصاص، لأنّ جنايه الدافع مع عدم التفاته الى الأسهل خطأ.

بل يمكن القول بعدم ضمان الديه ايضاً إذا كان الدفع بما اختاره أمراً متعارفاً فى الدفاع عن العاضّ، حيث إنّ الظالم سقط احترامه بالاضافه الى ما يصيبه عاده عضه الآخر عدواناً، كما يقتضيه ما دلّ على مشروعيه الدفاع عن النفس والمال والعرض، فانّ منصرفه الدفاع المتعارف وما يختار عاده فى دفع اعتدائه.

[1] لأنّ كلاًّ منهما متعدّ على الآخر فيحسب ما يورد على الآخر من التلف جنايه مضمونه، لعدم انطباق الدفاع على تعدّى كل منهما، وقد تقدم فى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه عليهماالسلام قال: قال: رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «من شهر سيفاً فدمه هدر»(1)، والمفروض كون كلّ منهما كذلک.

نعم، لو كفّ أحدهما فصال الآخر لا يكون على الكّاف ضمان بعد كفّه، إذا كان قصده الدفاع بخلاف الآخر الصّال، فان جنايته تحسب تعدّياً.

[2] وذلک لأنّ الجنايه على الغير مضمونه إلاّ إذا وقعت دفاعاً، والجنايه فى الفرض محرزه، والاصل عدم كونها للدفاع فيحسب قول كلّ منهما أنّ جنايه كانت

1- (1) الوسائل: 19، الباب 22 من أبواب قصاص النفس، الحديث 7: 44.

....

الشَرح:

دفاعاً من الدعوى على خصمه، وحلف خصمه بأنّ جنايته لم تكن دفاعاً من حلف المنكر على نفى الدعوى فتكون نتيجه حلف كلّ منهما على نفى دعوى الآخر ثبوت الضمان على كلّ منهما فى جنايته، إذا لم تكن لهما بينه على دعواهما كما هو الفرض.

وعلى ذلک فمع حلفهما يثبت على كلّ منهما الضمان فى جنايه على الآخر، فان تماثلت الجنايتان تهاترتا، وان اختلفتا ضمن كلّ منهما الجنايه على الآخر، فان حلف احدهما ونكل الآخر قيل: يسقط الضمان عن الحالف ويثبت على الناكح ضمان جنايه على الحالف، كما أنّه إذا نكلا يثبت الضمان على كل منهما، وقيل: انّه مع حلفهما يسقط الضمان عن كل منهما.

ولكن ظهر ممّا ذكرنا أنّ الحلف فى المقام من حلف المنكر على نفى دعوى المدّعى، حيث إنّ ضمان كل منهما للآخر مقتضى الاصل، فيكون قول كلّ منهما كنت دافعاً عن نفسى من الدعوى على الآخر لكونه مخالفاً للاصل، وإذا لم تقم البيّنه على دعواه يكون حلف الآخر على نفى دعواه من حلف المنكر لا من حلف المدعى على ثبوت دعواه نظير اليمين المردوده، ولذا يثبت مع حلفهما ضمان كل منهما الحنايه على خصمه.

ايضاً يظهر أنّ سقوط الضمان عن الحالف وثبوته على الناكل مبنىّ على أنّ مجرّد نكول المنكر عن اليمين على نفى دعوى المدعى يثبت الدعوى لمدعيه، وإلاّ يحتاج سقوط الضمان عن الحالف الى اليمين المردوده، بأن يحلف ثانياً أنّ جرحه حصمه كان للدفاع عن نفسه، كما يظهر أنّ مع نكول كل منهما عن الحلف بنفى دعوى خصمه وعن الحلف بدعواه يوجب ثبوت الضمان لسقوط الدعوى

السابعه: إذا أمره الامام بالصعود الى نخله أو النزول الى بئر فمات، فان اكرهه قيل: كان ضامناً لديته[1]، وفى هذا الفرض منافاه للمذهب ويتقدّر فى نائبه، ولو كان ذلک لمصلحه عامّه كانت الديه فى بيت المال، وان لم يكرهه فلا ديه أصلاً.

الشَرح:

منهما بالامتناع عن اليمين المردوده.

[1] ذكر فى بعض الكلمات أنّه إذا أمر الإمام احداً بالصعود الى نخله أو النزول الى بئر فمات ذلک الشخص بالصعود اليها أو بالنزول الى البئر، فان كان فى البين مجرّد الأمر فلا ضمان على الإمام، ولا على بيت المال لكون صعوده أو نزوله كان باختيار نفسه، وأمّا إذا كان بنحو الاكراه عليه كان الإمام ضامناً لديته، لأنّ الاكراه على فعل يتّفق به موت المكره بالفتح من موجبات ضمان الديه على المكره بالكسير .

وذكر الماتن قدس سره أنّ هذا الفرض ينافى المذهب، حيث إنّ الإمام المعصوم لا يأمر من لا يتمكّن على الصعود أو النزول، ويترتب عليه موته فضلاً عن الاكراه عليه.

أقول: المتعيّن الاعراض عن فرضه فى الامام المعصوم حتّى مع امكان فرض الإمر منه، كما إذا فرض أنّ السائرين كانوا يمتنعون عن الصعود أو النزول، لو لا الأمر به، حيث كان ابنه عليه السلام او اخاه فأمره مع علمه بالحال، حتّى ينبعث سائر الناس الى الصعود أو النزول لمصلحه ملزمه للمسلمين كالاشراف على عدوهم أو تهيئه الماء للعسكر لتقوّيهم على القتال ونحو ذلک، والوجه فى تعيّن الاعراض أنّ الامام عليه السلام عالم بواقع أمره وبوظيفته فى أمره واكراهه.

نعم، ينبغى الكلام فيمن يتصدى لأمر الدفاع، فانّ الأمر والاكراه يتصوّر منه مع عدم علمه بواقع الحال، وينبغى أن يقال: انّه لو لم يكن فى البين إلاّ الأمر

حكم ما لو أدّب زوجته تأديباً مشروعاً فماتت

الثامنه: إذا أدبّ زوجته تاديباً مشروعاً فماتت، قال الشيخ: عليه ديتها لأنّه مشروط بالسلامه[1]، وفيه تردّد، لأنّه من جمله التعزيرات السايغه، ولو ضرب الصبى أبوه أو جدّه لأبيه فمات فعليه ديته فى ماله.

الشَرح:

والنهى يكون صعود المالک ونزوله باختياره، فلا يتحقّق التسبيب خصوصاً مع احتماله عدم التمكن على الصعود أو النزول، وان اكرهه وكان اكراهه لمصلحه عامه يجب رعايتها يكون ديته على بيت المال، حيث إنّ التسبيب الى هلاكه كان خطأ وبما أنّه كان لرعايه المصلحه العامه تكون الديه على بيت المال، وهذا فيما كان تصدّيه لأمر الدفاع شرعياً وإلاّ كان الديه عليه.

[1] لا ينبغى التأمّل فى أنّ الضرب بعنوان التأديب غير الضرب بعنوان التعزير والحدّ، فانّ التأديب فعل ما يترتّب عليه ارتداع المضروب عمّا فعل ولو كان ترتباً رجائياً بحيث يرجى عدم انقداح ارادته بالتكرار، فمع موت المضروب لا ينطبق على ضربه عنوان التأديب، حيث انّه فرع حياته بعد الضرب، غايه الأمر بما أنّ الضارب لم يكن قصده قتله ولم يضرب بضرب قاتله بل ترتّب عليه الموت اتفاقاً يحسب القتل غير عمدى فعليه الديه فى ماله.

نعم، لو كان الضرب بعنوان الحد والتعزير، وكان للضارب الولايه على ذلک فترتّب الهلاک على اجرائهما لا يوجب الضمان، فانّ من قتله الحدّ والتعزير دمه هدر على ما تقدّم، وعلى ذلک فمع ترتب الهلاک اتفاقاً على ضرب الطفل يثبت على ضاربه ديه النفس، كذا إذا افسد الضرب سلامه الطفل بأن اوجب نقصاً فيه.

والمشهور عند جماعه من الاصحاب على المنسوب اليهم أنّ ضرب الولى أو المأذون من قبله الطفل إن كان موجباً لما فيه الديه فى غير الضرب للتأديب تثبت الديه فى ضربه للتأديب ايضاً، وإنّما الفرق بين الضربين فى الجواز وعدمه

....

الشَرح:

فلا يجوز الضرب لغير تأديبه ولو من وليّه، ويجوز ضربه للتأديب من وليّه أو المأذن من قبله، ولكن هذا محلّ تأمّل فيما كان الضرب من الولى ومأذونه بالمقدار المراعى فيه تأديبه ملازماً له، حيث إنّ الديه عوض الجنايه والضرب المزبور المفروض جوازه وبعنوان تأديبه لا يعدّ جنايه على الطفل.

ثم إنّه يقع الكلام فى ضرب الزوجه لنشوزها، هل هو بعنوان التأديب كما فى ضرب الصبى، أو بعنوان التعزير، اعطى الولايه بتعزيرها للزوج من نشوزها، وظاهر الماتن قدس سره أنّه من التعزير، حيث أورد على الشيخ قدس سره فى ضمان الزوج ديتها إذا اتفق موتها بالضرب بأنّ ضرب الزوج من التعزيرات المشروعه، ولكنّ الاظهر أنّه بعنوان التأديب، لظهور الآيه المباركه الوارد فيها الترخيص فى ضربهنّ فى أنّه لتاديبهنّ، بقرينه الأمر بوعظهنّ وهجرانهنّ فى المضاجع والنهى عن البغى عليهنّ بعد رجوعهنّ الى الطاعه.

على الجمله انطباق التأديب على التعزير بعضاً غير قابل للانكار لانّهما ليسا من العناوين المتضاده، كما أنّهما ليسا بمرادفين، والضرب إذا كان ثبوته بعنوان الحد أو التعزير فلا ضمان فيه، ويذهب دم من اتفق موته باحدهما هدراً، بخلاف ماكان ثبوته بعنوان التأديب فانّ فيه ضمان كما تقدم، واطلاق الأدب على التعزير فى بعض الموارد باعتبار التعاقب والعنايه لا يوجب كونهما بمعنى واحد.

ثم انّ ظاهر المتن كغيره أنّ ضرب الزوجه لنشوزها باتّفاق موتها لا يخرج عن الجواز، نظير اتفاق الموت باقامه الحد والتعزير، ولكن الالتزام بالجواز مع اتفاقه إذا كان بعنوان التأديب كما ذكرنا محل تأمّل، وكذا الحال فى ضرب الطفل للتأديب، فلا يجوز الضرب بنحو يحتمل ترتّب الموت عليه، بل الجائز ما أحرز

حكم من كانت به سلعه فأمر بقطعها فمات

التاسعه: من به سلعه إذا أمر بقطعها فمات بذلک فلا ديه على القاطع، ولو كان مولى عليه فالديه على القاطع ان كان ولياً كالاب والجد للاب، وان كان اجنبياً ففى القود تردد، والاشبه الّديه فى ماله لا القود، لأنّه لم يقصد القتل[1].

الشَرح:

بوجه معتبر عدم ترتّب هلاک المضروب.

[1] قد يقال بعدم ضمان من قطع السلعه أى العقده المتكوّنه فى رأس انسان أو سائر جسده، إذا أمره بالقطع من به السلعه فاتّفق موته بقطعها، لأنّ القاطع كان محسناً ولا ضمان على المحسن، وفيه مع ترتّب هلاكه على قطعها لا يدخل القطع فى الاحسان ليدّعى نفى الضمان لنفى السبيل على المحسن، نعم قاصد السلعه قصد الاحسان لا القتل ولم يكن قطعها مما يترتّب عليه الهلاک عاده فيكون القتل خطأ شبه العمد.

وربما يقال: أنّ أمر من به سلعه الغير بقطعها يوجب جواز القطع، ونفى الضمان، لأنّ الآمر يأمر بما يحتمل اتفاق موته به، ولكن لا يخفى غايه الأمر جواز الفعل لا نفى الضمان عن الموت المترتّب عليه بنحو الاتفاق.

وانتفاء الضمان يحتاج الى أخذ البراءه ممّن به السلعه، وإذا أخذ القاطع البراءه من اتفاق الموت، نظير أخذ الطبيب البراءه من الضمان عن الولى يمكن ان يقال بانتفاء الضمان لأنّ الولى الوارد فى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه» يعمّ نفس المريض أو من به السلعه، فانّ الشخص مع عدم قصوره بالصغر أو المجنون أو الاغماء ولىّ نفسه.

وربّما ادّعى استفاده نفى الضمان بأمره بالقطع من صحيحه زيد الشحام، حيث ورد فيها: «من كانت عنده امانه فليؤدّها الى من ائتمنه عليها فانّه لا يحلّ دم امرى ء مسلم ولا ماله إلاّ بطيبه نفسه»، والوجه فى هذه الدعوى زعم رجوع

....

الشَرح:

الاستثناء الى حلّ الدم وحلّ المال، وانّ المراد من حلّ الدم مثل هذا الأمر، ولكن لايخفى رجوع الاستثناء الى عدم حلّ المال بل فى المال ايضاً لا يرتفع الضمان بمجرّد طيب النفس بالتصرف مطلقاً.

نعم لا موجب للضمان فى الامساک بالامانه المالكيه بطيب نفس المالک به كما هو مورد الروايه، كما لا يحلّ التصرف بطيب نفس المالک إذا طاب نفسه فى التصرف غير المشروع فى المال كطيب نفسه بوطى ء الآخر بهيمته، وعليه فلا مورد لتوهّم الصحيحه بنفوذ رضا انسان واذنه للغير فى قطع عضوه كاحدى عينيه أو كليتيه للترقيع للمريض، كما قد يتوهّمه بعض من يدّعى الفقاهه.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كان من به السلعه مولى عليه لصغره أو حنونه فقطع وليّه كالأب والجد للأب السلعه فاتفق موته فيضمن الولى ديته، لأنّ غايه الأمر أن يقال بجواز الفعل على الولى والجواز لا يرفع الضمان ولا يقاس بجواز التعزير واقامه الحدّ.

وامّا إذا قطعها الأجنبى ومن ليس له الولايه عليه لا بالاضافه ولا بالاستئذان، فقد ذكر جماعه أنّ على القاطع القود إذا اتفق موته بذلک لحرمه الفعل عليه، ولكن الصحيح أنّ القاطع عليه الديه لعدم موجب للقصاص، حيث إنّ القاطع لم يقصد قتله ولا يكون قطعها مما يقتل به.

لا يقال: المشهور عند الاصحاب أنّ الجارح متعمداً يثبت عليه القصاص حتّى ما إذا كانت سرايه الجرح اتفاقياً كما عليه الماتن ايضاً، كما يأتى فى بحث القصاص فى موجباته، وعليه فالمفروض فى المقام من سرايه الجرح.

فانّه يقال: القصاص فى سرايه الجرح حتّى فيما كانت أمراً اتفاقياً ما إذا كان

....

الشَرح:

الجرح بقصد الجنايه لا بعنوان الاحسان أو العلاج، والمقام من قبيل الثانى.

نعم التعليل فى عباره الماتن: «الاشبه الديه فى ماله لا القود لأنّه لم يقصد القتل» عليل، حيث اشرنا الى انّه لا يعتبر فى القصاص من سرايه الجرح كونه بقصد القتل حتّى فيما كانت سرايته أمراً اتفاقياً، هذا على ما ذكر المشهور، ولكن يأتى فى بحث موجبات القصاص أنّ سرايه الجرح ايضاً إذا كانت اتفاقيه كاتفاق الموت بالضرب فى أنّه مع عدم قصد القتل يثبت على القاتل الديه فى ماله.

وينبغى التعرض فى المقام لطبابه الطبيب من حيث التكليف والوضع يعنى الضمان، فنقول: إن كانت طبابه بعمليّه جراحيه مع احتماله أن تكون العمليه موجبه لموته أو التعجيل فيه لم تجز.

نعم إذا كان محرزاً بوجه معتبر انّ علاج مرضه المهلک يتوقّف على العمليه المزبوره المحتمل الشفاء بها أو التسرع الى موته، فلا يبعد جوازها إذا طلبها المريض أو وليه، بل بدون الطلب ايضاً مع عدم الولى، لدوران الأمر فى العمليه المفروض بين كونها انقاذاً للنفس من الهلاكه أو التسريع بها الى موته، وتعدّ عرفاً من رعايه الأهم، نعم الجواز لا يمنع عن الضمان إلّا أن يأخذ البراءه من الولى.

وأمّا توصيف الدواء مع احراز الداء بوجه معتبر، فمع احتمال الشفاء باستعمال الدواء الموصوف فلا بأس به، حتى مع احتماله ان استعمال المريض يمكن أن يوجب موته أو الضرر الآخر أو التسبيب الى موته.

غايه الأمر الجواز مع بيان الحال للمريض أو وليّه إذا كان كذلک، حيث إنّه مع بيان الحال لا يكون توصيفه من التسبيب الى موته أو التسرّع الى موته أو لضرر آخر غير الموت.

....

الشَرح:

وأمّا التوصيف بدون البيان انّما يجوز إذا علم أو اطمئنّ عدم ترتّب الموت أو غيره من الضرر غير العادى على استعمال الدواء المزبور، وعلى كلّ إذا اتفق الموت أو غيره من الضرر غير العادى يضمن الطبيب إلاّ مع أخذ البراءه.

هذا آخر ما اردنا من المباحث الوارده فى كتاب الحدود والحمد للّه أوّلاً وآخراً.

ص :426

الفهرس

تعريف الحد والتعزير··· 7

أسباب الحد والتعزير··· 10

القسم الأوّل: الحدود

الباب الأوّل: حد الزنا··· 15

النظر الأول: موجبات حد الزنا

تعريف الزنا··· 15

اعتبار العلم بالحرمه فى ثبوت حد الزنا··· 18

تحقق الشبهه مع الجهل بحرمه الزنا أو الجهل بحرمه الموضوع··· 18

اعتبار الاختيار فى حد الزنا··· 21

معنى الإكراه على الزنا··· 22

اعتبار البلوغ فى حد الزنا··· 23

عدم سقوط الحد عن البالغ والبالغه الزانيين بالصبى والصبيه··· 24

اعتبار الإحصان فى حد الزنا··· 24

إحصان الرجل··· 24

اشتراط الإحصان الإحصان بالحريه··· 24

عدم تحقق الإحصان بالزوجه غير الدائمه··· 26

تحقق الإحصان بالمتعه ذات المده الطويله··· 27

فى اعتبار الدخول فى الإحصان··· 27
عدم تحقق الإحصان بالأمه··· 28
اعتبار التمكن من الفرج فى إحصان الرجل··· 32
فى صدق الإحصان وعدمه عند مرض الزوجه وحيضها··· 34
ملاک وطئ الشبهه··· 35
حكم إكراه الباكره على الزنا··· 37
حكم إكراه الثيب على الزنا··· 37
عدم ثبوت الحد على المجنونه··· 38
رجم البالغ الزانى بالصبيه أو المجنونه دون العكس··· 39
سقوط الحد بمجرد دعوى الزوجيه··· 40
إحصان المرأه··· 41
اعتبار الحريه فى إحصان المرأه··· 42
إحصان المطلقه رجعياً··· 43
إحصان المطلقه خلعاً··· 45
الدخول المحقق للإحصان··· 45
ثبوت الحد على الأعمى وتحقق الشبهه مع العمى··· 46
ثبوت الزنا بالإقرار والبينه··· 46
شروط نفوذ الإقرار··· 46
تحقق الإقرار بالإشاره فى الأخرس··· 53

فيما لو أقر بحد ولم يبين ··· 55

حد التقبيل والمضاجعه تحت لحاف واحد ··· 58

ص :428

سقوط الرجم بالإنكار بعد الإقرار··· 63
عدم سقوط الحد بالإنكار بعد الإقرار··· 63
جواز عفو الإمام عن الحد··· 66
ثبوت الزنا بشهاده ثلاثه رجال وامرأتين وعدمه··· 69
شهاده الزوج على زنا زوجته··· 73
المعتبر فى كيفيه الشهاده على الزنا··· 75
اختلاف الشهود على الزنا فى بعض الخصوصيات··· 78
اختلاف الشهود على الزنا فى الإكراه والمطاوعه··· 80
عدم جواز تأخير إجراء الحد بعد ثبوته··· 82
جواز تقادم الزنا فى الشهاده··· 83
عدم سقوط الشهاده بتصديق المشهود عليه ولا بتكذيبه··· 85
النظر الثانى: فى الحد
المقام الأول: أقسام حد الزنا··· 87
رجحان ستر الإنسان عمله وعدم إقراره بالمعصيه··· 88
الأول: القتل
ثبوت القتل على الزنا بالمحارم نسباً··· 89
حد الزنا بالمحارم سبباً··· 92
حد الزنا بالمحارم رضاعاً··· 92
ثبوت القتل على زنا الذمى بالمسلمه··· 93

حد زنا الكافر غير الذمى بالمسلمه ··· 93
عدم سقوط الحد عن الكافر الزانى بالمسلمه بإسلامه ··· 93
ص: 429

ثبوت القتل على الزنا بالإكراه ... 94

حد الزنا بامرأه الأب والابن ... 95

الثانى: الرجم

ثبوت الرجم على زنا المحصن والمحصنه ... 97

ذهاب المشهور إلى ثبوت الرجم بعد الجلد على زنا الشيخ والشيخه مع الإحصان ... 98

حكم زنا الشاب والشابه مع الإحصان ... 100

حكم زنا المحصن والمحصنه بغير البالغه والبالغ ... 103

حد الزانيه إذا كان الزانى بها مجنوناً ... 103

عدم ثبوت الحد على المجنون الزانى ووجوب منعه عن ذلک بما أمكن ... 105

الثالث: الجلد والتغريب

ثبوت الجلد والتغريب على الزانى المملک غير المحصن ... 106

لا تغريب ولا جز على الزانيه ... 110

حد المملوک والمملوكه الزانيين ... 111

قتل الزانى بتكرار الزنا والجلد ثلاثاً أو أربعاً ... 112

قتل المملوک وجلده بتكرار الزنا ... 113

عدم ثبوت أكثر من حد واحد مع تكرار الزنا ... 114

حكم زنا الذمى بكافره ذميه أو غيرها ... 116

عدم إقامه الحد على الحامل حتى تضع ... 118

عدم إقامه الحد على المرضع إلاّ مع وجود كافل للرضيع ··· 118
لزوم تأخير إقامه الحد على المريض ··· 120
كيفيه إقامه الحد على المريض فيما لزم تعجيله ··· 121
ص :430

عدم سقوط الحد بعروض الجنون أو الارتداد··· 122
وقت إقامه الحد فى الشتاء والصيف··· 123
عدم إقامه الحد فى أرض العدو··· 124
عدم إقامه الحد على من التجأ فى الحرم··· 125
المقام الثانى: كيفيه إيقاع حد الزنا··· 127
كيفيه إيقاع الحد على من اجتمعت عليه حدود··· 128
كيفيه الرجم··· 129
استحباب حضور طائفه عند إقامه الحد··· 135
النظر الثالث: فى اللواحق
سقوط الحد عن البكر عند شهاده أربع نساء ببكارتها وعدم زناها··· 141
عدم اشتراط حضور الشهود عند إقامه الحد··· 143
جواز إقامه الحدود اعتماداً بعلم القاضى··· 146
إن إقامه الحدود من وظيفه الحاكم··· 147
فى رد شهاده بعض الشهود··· 149
جواز قتل الزوج الزانى بزوجته مع زوجته··· 150
حكم افتضاض البكر بالإصبع··· 154
حد من تزوج أمه على حره بغير إذنها··· 156
بطلان نكاح الأمه على الحره المسلمه بغير إذنها··· 157
حد الزنا فى مكان أو زمان شريفين··· 158

حد الزنا بالمرأه الميته ··· 158

ص :431

الباب الثانى: اللواط والسحق والقياده

تعريف اللواط··· 161

ثبوت اللواط بالإقرار أربع مرات··· 162

قتل الفاعل والمفعول البالغين فى اللواط··· 166

قتل الذمى اللائط بمسلم ولو مع عدم الإيقاب··· 167

تخيير الإمام فى قتل اللائط والملوط بين الضرب بالسيف أو الإحراق أو الإلقاء من شاهق··· 175

حد الوط ء من غير إيقاب··· 177

ثبوت القتل فى اللواط الثالث مع تكرره وتخلل الحد مرتين··· 175

تعزير المجتمعين تحت لحاف واحد مجردين··· 181

حد المجتمعين تحت لحاف واحد فى المره الثالثه··· 184

تعزير من قبّل غلاماً بشهوه··· 185

عدم سقوط الحد بالتوبه قبل قيام البينه على اللواط··· 186

السحق

تعريف السحق··· 187

حد السحق مئه جلده··· 188

ثبوت القتل فى المره الرابعه من المساحق مع تخلل الحد ثلاثاً··· 190

عدم سقوط حد المساحق بالتوبه··· 191

عدم ثبوت الكفاله والشفاعه فى الحد··· 194

عدم جواز التأخير فى الحد إلاّ فى المريض والحبلى··· 195

ص :432

حكم مساحقه الزوجه البكر وحملها بعد المساحقه من ماء الزوج ... 196
القياده
تعريف القياده ... 197
ثبوت القياده بالإقرار مرتين ... 199
حد القياده ثلاثه أرباع حد الزانى ... 199
الباب الثالث: القذف
النظر الأول: فى الموجب
موجبات حد القذف
تعريف القذف وشده حرمته ... 201
ذكر بعض مصاديق القذف ... 201
قذف ابن الملاعنه ... 202
قذف ابن المحدود قبل التوبه ... 202
قذف الرجل زوجته بزناه بها ... 203
القذف بالديوث والكشخان وغيرهما ... 208
النظر الثانى: فى القاذف
شرائط القاذف ... 210
عدم الحد على قذف الصبى وثبوت التعزير عليه ... 210
عدم تنصيف حد القذف فى العبد ... 211
النظر الثالث: قى المقذوف

ص :433

شرائط المقذوف ... 213
عدم حرمه قذف المتظاهر بالزنا واللواط ... 215
عدم ثبوت الحد على الأب بقذف ابنه بل يثبت التعزير ... 216
النظر الرابع: فى الأحكام
حكم قذف شخصٍ جماعه ... 217
كون حد القذف موروثاً ... 220
ثبوت حق حد القذف للمقذوف لا للمواجه ... 221
عفو المقذوف عن القاذف ... 221
قتل القاذف فى الثالثه ... 225
مسقطات حد القذف ... 226
كيفيه الضرب فى حد القذف ... 227
سقوط الحد بالتقاذف وثبوت التعزير ... 227
تعرّض المسلم للكافر بالتعيير وغيره ... 228
جواز قتل ساب النبى صلى الله عليه و آله ... 228
جواز قتل ساب الأئمه صلى الله عليه و آله ... 230
جواز قتل ساب فاطمه الزهراء عليهاالسلام ... 231
جواز قتل مدعى النبوه ... 232
حكم الشاک فى اللّه ورسوله ... 233
حد الساحر مسلماً وكافراً ... 233

موارد جواز تعلم السحر··· 234
ص :434

كيفيه تأديب الصبى والعبد··· 235
حكم ضرب المولى عبده حداً من دون ارتكاب موجب الحد··· 236
حكم قذف المولى عبده أو أمته··· 237
جواز إمامه المولى على مملوكه··· 238
ثبوت التعزير على ارتكاب كل محرم وترک كل واجب··· 239
الباب الرابع: حد المسكر والفقاع
المبحث الأول: فى الموجبات··· 243
المراد من المسكر الذى يجب الحد فيه··· 246
حكم العصير العنبى إذا غلى··· 249
حكم الفقاع··· 251
المبحث الثانى: فى كيفيه الحد··· 253
ثبوت الحد على الكافر بتظاهر شرب المسكر··· 258
كيفيه ضرب شارب المسكر··· 259
قتل شارب المسكر فى الثالثه بعد الحد مرتين··· 260
المبحث الثالث: فى أحكامه
ثبوت الحد بشهاده واحد بالشرب والباقى بالقىء··· 261
حكم من شرب الخمر مستحلاً··· 263
حكم من باع الخمر مستحلاً··· 266
سقوط الحد عن شارب الخمر بالتوبه قبل قيام البينه··· 267

تتمه فی بیان مسائل ثلاث··· 268
ص :435

الباب الخامس: حد السرقه
شروط السارق ... 275
اشتراط الحد بارتفاع الشبهه ... 279
اشتراط إخراج المسروق ... 281
عدم ثبوت الحد على الوالد لو سرق من ولده ... 284
اشتراط الأخذ سراً ... 285
مسائل متفرقه ... 287
شروط المسروق ... 292
حكم سارق الكفن ... 305
حكم من نبش القبر ... 306
ما تثبت به السرقه ... 309
شرائط المقرّ ... 311
كيفيه حد السرقه ... 312
سقوط الحد بالتوبه ... 322
لواحق حد السرقه ... 327
حكم ما لو تكررت السرقه ثم أخذ ... 328
قطع السارق موقوف على مطالبه المسروق منه ... 330
لو سرق مالاً ثم ملكه ... 333
الباب السادس: حد المحارب

تعريف المحارب··· 337

ص :436

ما تثبت به المحاربه ... 337
كيفيه حدّ المحارب ... 340
مسائل تتعلق بحد المحارب ... 342
حكم المستلب والمختلس والمحتال ... 357
القسم الثانى: التعزيرات
الباب الأول: حكم المرتد
تعريف المرتد وأقسامه ... 363
حكم المرتد الفطرى ... 367
شروط الارتداد الفطرى ... 369
حكم المرأه المرتده ... 372
حكم المرتد الملى ... 375
حكم ولد المرتد ... 378
مسائل تتعلق بالارتداد ... 381
ما يتحقق به الإسلام ... 387
تتمه فيها مسائل متفرقه ... 389
الباب الثانى: حكم واطئ البهيمه والميت والاستمناء
حكم واطئ البهيمه ... 393
حكم البهيمه الموطوءه ... 395
ما يثبت به الحكم ... 398

ص :437

حكم وطئ الأموات··· 399

حكم الاستمناء··· 403

الباب الثالث: حكم الدفاع

مسائل تتعلق بالدفاع··· 412

حكم ما لو أدّب زوجته تأديباً مشروعاً فماتت··· 421

حكم من كانت به سلعه فأمر بقطعها فمات··· 423

***

ص :438

المجلد 3

القصاص شرایع الاسلام

اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، 1305 - 1385.

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام: کتاب القصاص شرایع الاسلام/ تالیف جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم: دار الصدیقه الشهید (سلام الله علیها)، 1429ق.= 1387.

مشخصات ظاهری : 330 ص.

فروست : الموسوعه الفقهیه للمیرزا التبریزی (قدس سره)؛ 3.

شابک : 978-964-8438-29-1

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ سوم.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

موضوع : قصاص (فقه)

موضوع : فقه جعفری -- قرن 14

رده بندی کنگره : BP195/7/ت2ت9 1387

رده بندی دیویی : 297/375

شماره کتابشناسی ملی : 1512978

ص :1

اشاره

ص :2

المَوسُوعَةُ الفِقهيّةُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ مَبانى الاحكامِ

كتابُ القصَاص

شرايع الاسلام

ص :3

بسم اللّه الرحمن الرحيم

وصلّى اللّه على محمد وآله الطاهرين

إنّ علم الفقه هو العلم المرتبط ارتباطاً وثيقاً بحياه الفرد واستقرار المجتمع، فهو العلم الذى يعتمّ بتنظيم علاقه الإنسان بربّه من خلال أحكام العبادات وهو الدخيل فى حفظ صحه الإنسان وسلامه بدنه من خلال أحكام الأطعمه والأشربه وأحكام الطهاره والنجاسه، وهو الكفيل أيضاً بتنظيم العلاقه الإنسان بمجتمعه من خلال أحكام النكاح، وبيان حقوق الزوج والزوجه ولأولاد، وهو العلم المتكفل بتأمين حياه المجتمع واستقراره من خلال أحكام القضاء والحدود والديات، ومن أهم هذه الأبواب باب القصاص الذى عبّر عنه الذكر الحكيم بقوله: «ولكم فى القصاص حياه يا أولى الأباب» لما له من الدخل الواضح فى حياه النوع الإنسانى بسدّ أبواب الجريمه ومحو الظلم والاعتداء.

ونظراً لأهميه هذا الباب فقد بحثنا فيه واستوعبنا مسائله وأحكامه لمده سنين فى الحوزه المباركه فى قم المشرّفه، وهذه خلاصه تلك المباحث، نسأل اللّه تعالى أن ينفع بها طلاب الحوزات العليمه وفضلائها، وأن يتقبّله منّا بأحسن القبول، إنّه سميع الدعاء قريبٌ مجيبٌ.

ص: 4

ص :5

وهو قسمان[1]:

القسم الأول: فى قصاص النفس

الفصل الأول: فى الموجب

والنظر فيه يستدعى فصولاً:

الفصل الأول

فى الموجب

وهو ازهاق النفس المعصومه المكافئه عمداً عدواناً، ويتحقق العمد بقصد البالغ العاقل إلى القتل، بما يقتل غالباً. ولو قصد القتل بما يقتل نادراً، فاتفق القتل، فالأشبه القصاص، وهل يتحقق مع القصد إلى الفعل الذى يحصل به الموت، وإن لم يكن قاتلاً فى الغالب، إذا لم يقصد به القتل، كما لو ضربه بحصاه أو عود خفيف؟ فيه روايتان، أشهرهما أنه ليس بعمد يوجب القود.

الشَرح:

[1] القسم الأول من مباحث القصاص يرجع إلى مباحث قصاص النفس.

والقسم الثانى إلى مباحث قصاص الطرف.

وقد جعل الماتن قدس سره للمباحث الراجعه إلى قصاص النفس فصولاً وتعرّض فى كل فصل لجانب من جوانبه وتعرّض فى الفصل الأول لموجب القصاص، يعنى

....

الشَرح:

الموضوع لجواز القصاص الذى يأتى أن جوازه حقّى، فيكون لولىّ القصاص إسقاطه مع العوض أو بلا عوض، وحيث أن حرمه قتل إنسان لا يلازم ثبوت حق القصاص كما فى القتل الحرّ عبداً أو المسلم كافراً ذميّاً أو الأب ابنه، ذكروا فى تحديد الموضوع للقصاص أنه إزهاق النفس المعصومه المكافئه عمداً عدواناً. والمراد أنّ الموضوع لثبوت حقّ القصاص القتل الخاص و هو ان يقتل شخصاً تكون لدمه حرمهٌ حرمه دم قاتله وأن يقع القتلْ مع التعمّد فيه وبقصد العدوان عليه بأن يكون ظلماً لا قصاصاً أو دفاعاً.

وما يدلّ على اعتبار هذه القيود فى ثبوت القصاص يأتى فى ضمن مباحث شروط القصاص.

والقيدان الأولان أى المعصومه المكافئه راجعان إلى النفس، والأخيران أى عمداً وعدواناً راجعان إلى الإزهاق.

ويخرج بقيد العمد، القتل الصادر عن المجنون والصبى، لأنّ عمدهما خطأ على ما يأتى.

ثم إنّ القتل عمداً كما ذكر وإن كان موضوعاً لجواز القصاص فى مقابل القتل خطأً محضاً والقتل خطأً شبيه العمد، فإنّ الثانى موضوع للديّه على العاقله، والثالث موضوع للديّه على القاتل إلا أنه يقع الكلام فى بعض الموارد فى القتل فى أنه من القتل عمداً الموضوع للقصاص أم لا؟ فإنه لا خلاف فى تحقّقه فيما إذا قصد القتل بفعل يكون قاتلاً عادةً، أى غالباً ونظيره ما إذا قصد نفس الفعل الذى يكون قاتلاً غالباً وإن لم يكن الداعى إلى ذلک الفعل قصد القتل، كما إذا ضرب على رأسه بحديده وإن لم يكن

....

الشَرح:

الداعی إلی الضرب المزبور قصد قتله، والوجه فی کونه من القتل عمداً انّ قصد ما یکون قاتلاً کذلک من قصد القتل تبعاً.

ویدلّ علی کون القتل بما یکون قاتلاً نوعاً یحسب عمداً وإن لم یکن فاعله قاصداً القتل موثّقه أبی العباس وزراه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إنّ العمد أن یتعمّده فیقتله بما یقتل مثله، والخطأ أن یتعمّده ولا یرید قتله، یقتله بما لا یقتل مثله، والخطأ الذی لا شک فیه أن یتعمد شیئاً آخر فیصیبه»(1).

ومعتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «جمیع الحدید هو عمد»(2).

وفی صحیحه الفضل بن عبدالملک عن أبی عبداللّه علیه السلام أنه قال: «إذا ضرب الرجل بالحدیده فذلک العمد. قال: وسألته عن الخطأ الذی فیه الدیه والکفّاره أهو أن یضرب الرجل فلا یتعمّد قتله؟ قال: نعم. قلت: فإذا رمی شیئاً فأصاب رجلاً؟ قال: ذلک الخطأ الذی لا یشک فیه، وعلیه کفّاره ودیه»(3).

والظاهر أنه یدخل فی القتل عمداً ما إذا قصد القتل بفعل یغلب علیه عدم ترتّب القتل بأن یکون الداعی إلی ذلک الفعل قصد قتله کما إذا ضربه بالعصا ولم یرفع حتی مات فإنّ الضرب المزبور وإن لا یترتب علیه القتل نوعاً یعنی غالباً، إلاّ أنه حیث کان داعیه إلیه قصد قتله یکون القتل الواقع عمدیاً وإن ناقش فی کونه عمداً بعض

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 13:21.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 14: 27.

3- (3) من لايحضره الفقيه: ج 4، باب القود ومبلغ الديه، الحديث 5195، الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 9.

. ...

الشَرح:

الأصحاب على ما قيل.

والوجه فى كونه قتلاً عمدياً هو أنّ الفعل العمدى ما صدر عن الفاعل بالقصد والمفروض وقوع الفعل وكون الضارب قاصداً له. ويشهد لذلک صحيحه الحلبى، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «العمد كلّ ما اعتمد شيئاً فأصاب بحديده، أو بحجر أو بعصا أو بوكزه، فهذا كلّه عمد»(1).

وفى صحيحه الحلبى وأبى الصباح الكنانى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعضاً فلم يقلع عنه الضرب حتى مات، أيدفع إلى ولىّ المقتول فيقتله؟ قال: نعم، ولكن لا يترک يعبث فيه ولكن يجيز عليه بالسيف»(2).

ولو فرض إطلاق هذه بالإضافه إلى الضرب بالعصا بقصد القتل أو عدمه فيحمل على صوره قصد القتل بما تقدم فى صحيحه الفضل بن عبدالملک من قوله: (وسألته عن الخطأ الذى فيه الديه والكفّاره أهو أن يتعمد . . .).

ومما ذكرنا يظهر أنّه لا يحسب القتل عمداً ما إذا قصد الفعل الذى لا يكون قاتلاً غالباً ولم يكن الداعى له إلى الفعل المزبور قصد قتله ولكن اتفق الموت كما لو ضرب رجلاً بعصا وعود خفيفين على رأسه بمرّات فاتفق موته به من غير أن يكون قاصداً قتله، حيث ذكر عليه السلام فى موثّقه أبى العباس وزراره «والخطأ أن يتعمّده ولا يريد قتله، يقتله بما لا يقتل مثله»(3).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 24.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 24.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 13: 27.

....

الشَرح:

وفی موثقه أخری لأبی العباس البقباق عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قلت له: أرمی الرجل بالشیء الذی لا یقتل مثله؟ قال هذا خطأ، ثم أخذ حصاه صغیره فرمی بها، قلت: أرمی الشّاه فأصیب رجلاً؟ قال: هذا الخطأ الذی لا شکّ فیه والعمد الذی یضرب بالشیء الذی یقتله بمثله»(1).

ثم لو فرض الاطلاق فی بعض الروایات الداله علی کون القتل عمداً فیما لو قصد الفعل الذی لا یقتل غالباً ولو مع عدم قصد القتل، یرفع الید عن الاطلاق بالتقیید بقصد الفعل فی الوثّقه الأولی والتصریح بکونه خطأً فی الموثّقه الثانیه کما أشرنا إلی ذلک فی روایات الضرب بالعصا وأنه لم یقلع الضرب حتّی مات المضروب.

وأمّا صحیحه عبدالرحمن بن الحجّاج الوارد فیها (انّ من عندنا لیقیدون بالوکزه وإنما الخطأ أن یرید الشیء فیصیب غیره»(2)، فلا تنافی ما ذکرنا، لأنّ المفروض فی صدرها وقوع الفعل بقصد القتل والقتل بالوکزه مع قصده عمد کما تقدّم.

وقد تحصّل من جمیع ما ذکرنا أنه إن قصد القتل بفعله وترتّب علیه القتل فهو تعمد فی القتل، بلا فرق بین کون ذلک الفعل مما یترتب علیه القتل نوعاً أم لا، بأن یکون ترتّب القتل علیه نادراً أو أمراً محتملاً یساوی احتمال عدم ترتّبه.

وکذا یحسب القتل تعمدیاً فیما إذا أراد الفعل دون القتل ولکن کان الفعل مما یترتب علیه القتل نوعاً.

وأما إذا لم یکن الفعل مما یترتّب علیه القتل نوعاً ولم یکن قاصداً إلی القتل بل

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 11: 26.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 24.

ثم العمد قد یحصل بالمباشره وقد یحصل بالتسبیت، أمّا المباشره فکالذبح والخنق، وسقی السم القاتل والضرب بالسیف والسکین والمثقل والحجر الغامز والجرح فی المقتل ولو بغرز الابره[1].

الشَرح:

المقصود کان نفس الفعل فاتفق الموت یحسب القتل شبه العمد وأما إذا لم یقصد الفعل ولا القتل بمن وقع علیه الفعل أصلاً أو قصدهما أو قصد أحدهما بشیء فوقع علی غیره فقتل فهذا خطأ محض فی الثانی بلا کلام، وفی الأول أیضاً، علی إشکال یأتی التعرّض له.

[1] ثم إنه یذکر فی کلمات الأصحاب أنّ التعمد فی القتل تارةً یحصل بالمباشره، وأخری بالتسبیب، ویذکرون للتعمّد فی التسبیب مراتب:

المرتبه الأولی: انفراد الجانی بالتسبیب المتلف.

والمرتبه الثانیه: أن ینضمّ إلیه فعل المجنی علیه.

والمرتبه الثالثه: أن ینضم إلیه مباشره حیوان.

والمرتبه: الرابعه: ما ینضم إلیه مباشره إنسان آخر، والمراد من مباشره حیوان أو إنسان آخر فعلهما.

والتأمل فی کلماتهم فی التفرقه بین التعمّد الحاصل بالمباشره والتعمّد الحاصل بالتسبیب بالمرتبه الأولی هو أنّه إذا لم یتوسّط بین زهوق الروح وفعل الجانی شیء یصحّ معه إسناد القتل أیضاً، بأن کان فعل الجانی من السبب الأخیر، والعلّه التامّه للموت عرفاً وإن کان فعله بالآله، فهو من التعمّد الحاصل بالمباشره کما إذا قتله بذبحه أو خنقه بیده أو سقی السم القاتل بإیجاره فی حلقه وضربه بالسیف فی عنقه أو السکین أو المثقل والحجر، أو جرحه فی موضع یقتل بجرحه فیه أو بغرزه الابره فیه، بخلاف

مراتب التسبيب

المرتبه الأولى: انفراد الجانى بالتسبيب المتلف

وأمّا التسبيب فله مراتب:

المرتبه الأولى: انفراد الجانى بالتسبيب المتلف وفيه صور:

(الأولى): لو رماه بسهم فقتله، قتل به[1]، لأنه مما يقصد به القتل غالباً، وكذا لو رماه بحجر المنجنيق. وكذا لو خنقه بحبل ولم يرخ عنه حتّى مات، أو أرسله منقطع النفس أو ضمناً حتّى مات.

الشَرح:

التسبيب فإنّه يتوسط بين فعل الجانى وزهوق روحه ما يصح إسناد القتل إليه كما إذا رماه بسهم فى قلبه فمات، حيث يصحّ أن يقال قتله السهم أو رماه بحجر المنجنيق حيث يقال: إنّ حجره قتله.

ولكن فى بعض الأمثله التى ذكروها للتعمّد بالتسبيب تأمّل، كما لو خنقه بحبل لم يرخ عنه حتّى مات فإنه لا فرق بينه وبين الخنق بيديه أو ذبحه بالسكين أو غيره.

وعلى كلّ تقدير، فالتفرقه بين التعمد الحاصل بالمباشره أو بالتسبيب بالمرتبه الأولى غير مهمّ فى المقام، لأنّ الموضوع للقصاص قتل النفس المحترمه المكافئه عمداً وعدواناً سواء كان ذلک القتل بالمباشره أو بالتسبيب كما أنّ الموضوع للديه هو القتل خطأً ويكون القتل خطأً فى القتل بالمباشره كما إذا رأى فى الظمله شيئاً فاعتقد أنه سبع فقدّه نصفين بالسيف ثم بان أنه كان إنساناً محقون الدم.

وعلى كلّ، نتعرض فى المقام لصور القتل بالتسبيب بمراتبه الأربع والصور التى ذكرها الماتن قدس سره لكلّ منها.

[1] لا كلام فى حصول القتل عمداً فيما إذا رماه بسهم يريد قتله فإنّ القتل بما لا يقتل مثله مع قصد القتل يوجب القصاص كما تقدم فضلاً عما يقصد قتله بما يكون مما يقتل بمثله، بل يمكن كما ذكرنا سابقاً أنّه لو قصد رميه

بسهم ولكن لا يريد قتله بأن أراد إصابه رجله أو غيره مما لا يكون إصابته فيه قاتلاً، فأصاب فى مقتله فقتله، يثبت

ص :12

....

الشَرح:

القصاص فإنّ رمى السهم مما يقتل بمثله، وفى موثّقه أبى العباس عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أرمى الرجل بالشىء الذى لا يقتل مثله. قال: هذا خطأ، ثم أخذ حصاه صغيره فرمى بها»(1)، فإنّ ظاهر فعله عليه السلام أنّ الخطأ فيما كان الرمى بمثل الحصاه. وعلى الجمله الرميه القاتله إنما يكون خطأً فيما إذا رمى شىء فلم يصبه بل أصاب إنساناً فقتله فإنه يدخل فى الخطأ الذى لا شكّ فيه، فتكون الديه على العاقله.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى الرمى بحجر المنجنيق ونحوه مما يقتل بإصابته ولو فيما إذا أصاب فى مقتل.

وأما لو خنقه بحبل حتى مات فقد تقدم أنّه من التعمد بالقتل مباشره، ولا فرق بينه وبين ما ورد فى صحيحه الحلبى وأبى الصباح الكنانى جميعاً عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتّى مات، أيدفع إلى ولىّ المقتول فيقتله؟ قال: نعم، ولكن لا يترک يعبث به ولكن يجيز عليه بالسيف»(2).

وعلى الجمله، إذا أراد القتل بفعله، فوقع القتل يكون القتل تعمدياً سواء كان ذلک الفعل بما يقتل بمثله كرمى السهم أم لا كالضرب بالعصا.

وكذا يكون القتل تعمدياً فيما إذا لم يقصد القتل بل قصد الفعل ولكن كان بما يقتل مثله كالضرب بالحديده والرمى بحجر المنجنيق. ومن هذا القبيل ما لو خنقه بحبل ولكن أرسله منقطع النفس أو ضمناً حتّى مات بأن أوجب الخنق المزبور بلاءً فى بدنه حتّى مات، فإنه إن قصد بذلک قتله فالأمر ظاهر وإن لم يقصد قتله فالمصرّح به فى

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 7: 26.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 24.

....

الشَرح:

كلمات بعض الأصحاب عدم الفرق بين قصد القتل وعدمه وبين كون حدوث الضمن والمرض بسدّ موضع النفس أو الخنق مع إرساله غير مقطوع النفس أمراً اتفاقياً نادراً أم لا.

بل ينسب ذلک إلى ظاهر المشهور كما هو ظاهر الماتن أيضاً حيث جعل إرساله ضمناً عدلاً للإرسال منقطع النفس وعقّب ذلک قوله أما لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات ففى القصاص تردّد، والأشبه القصاص إن قصد القتل، والديه إن لم يقصد أو أشبه القصد، حيث إنّ مقتضى هذا التعقيب بعد جعل الإرسال ضمناً عدلاً للإرسال منقطع النفس، أنه لا يعتبر فى كون الإرسال ضمناً عمداً قصد القتل أو حدوث المرض بالخنق المزبور أمراً عاديّاً.

وقد يقال فى وجه دخوله فى القتل عمداً أنّ المرض مع الخنق المزبور يعدّ من الفعل القاتل عاده وإن لم يقصد الجانى القتل.

وفيه أن الملاک فى كون القتل عمدياً الموجب لثبوت القصاص إمّا قصد القتل، ولو لم يكن الفعل مما يترتّب عليه القتل إلاّ نادراً، أو قصد الفعل القاتل نوعاً او احتمالاً متعارفاً وإن لم يقصد القتل، وشىء منهما فى الفرض غير متحقّق، لأنّ المرض الحاصل بالفعل أو دخالته فيه لم يكن مقصوداً للجانى، وإن ترتّب على فعله اتفاقاً.

نعم، لو كان الخنق المزبور مما يوجب البلاء عادةً يكون القصد إلى الخنق وسدّ موضع النفس قصداً إلى تحقيق البلاء فى بدنه واعتبار كون الفعل المزبور دخيلاً فى حدوث البلاء بهذا النحو لم يذكر فى كلامهم.

واختار صاحب الجواهر قدس سره (1) ثبوت القصاص فى موارد حدوث المرض

1- (1) جواهر الكلام: ج 42، ص 24.

....

الشَرح:

بالفعل، وإن كان حدوثه بدخاله الفعل أمراً نادراً، وقال هذا الثبوت باعتبار الفرق بين العمد إلى القتل والقتل عامداً، والموضوع للقصاص فى لسان الأدله هو الثانى، والقتل عامداً يصدق عرفاً فى موارد ترتّب القتل واتّفاقه على الفعل المقصود، غايه الأمر إذا ترتّب القتل على الفعل اتفاقاً وعلى وجه الندره ولم يكن قصد الجانى القتل، يرفع اليد عما دلّ على ثبوت القصاص بالقتل عامداً بالروايات الداله على عدم القصاص فيما إذا صدر من الجانى الفعل غير القاتل ولكن اتفق القتل، ولكن لا يرفع اليد عنه فى مورد حدوث المرض بالفعل المزبور بل بقى هذا الفرض أعنى تعقب المرض تحت أدله القصاص، ولو لعدم الجابر للنصوص المخرجه فى هذا الفرض المؤيّد عدم خروجه عن أدلّته بنصوص ضمان سرايه الجرح غير القاتل مثله.

أقول: القصاص فيما كان المقصود الفعل بلا قصد القتل ولم يكن الفعل مما يترتّب عليه المرض المميت، إلا بوجه الاتفاق والندوه، ولم يكن الجانى قاصداً لحصول المرض، المزبور مشكل بل ممنوع، لمثل قوله عليه السلام فى موثّقه أبى العباس وزراره «والخطأ أن يتعمّده ولا يريد قتله، يقتله بما لا يقتل مثله(1).

فإنّ الفعل الصادر فى الفرض لا يقتل مثله وحدوث المرض ليس من فعله المقصود.

وفى صحيحه أبى العباس عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن الخطأ الذى فيه الديه والكفاره أهو أن يتعمد ضرب رجل ولا يتعمد قتله؟ فقال: نعم . . . »(2). حيث لم يذكر الإمام عليه السلام فى الجواب قيداً بما إذا لم يتّفق بالضرب المزبور مرض ترتّب عليه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 13: 27.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 9: 26.

أمّا لو حبس نفسه يسيراً لا يقتل مثله غالباً ثم أرسله فمات ففى القصاص تردّد والأشبه القصاص إن قصد القتل[1] والديه إن لم يقصد أو أشتبه القصد.

الشَرح:

الموت. وعلى الجمله الموضوع لثبوت القصاص بحسب الروايات بملاحظه ما ورد فى الخطأ شبه العمد، هو التعمد إلى القتل أو التعمّد إلى الفعل القاتل عادةً، ولو بحسب حال المضروب من حيث الصغر والضعف والمرض وحراره الهواء أو برودتها كما تقدّم.

وأمّا ما ادّعاه قدس سره من أنّ عدم خروج فرض تعقّب المرض عن أدلّه القصاص مؤيّده بنصوص ضمان سرايه الجرح غير القاتل مثله، فلم يتّضع مراده قدس سره ، فإن كان المراد سرايه الجرح غير القاتل بالإضافه إلى ضمان الديه يعنى ديه النفس، كروايه ذريح قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل شجّ رجلاً موضحه وشجّه آخر داميه فى مقام واحد فمات الرجل؟ قال: عليهما الديه فى أموالهما نصفين»(1) فلا تأييد فيه للمقام، بل ما ذكرنا فى المقام يأتى فى الجرح أيضاً، فإنه إن قصد الجرح الذى يترتّب عليه الموت غالباً أو مساوياً أو قصد بالجرح القتل فيثبت الموضوع للقصاص وإلا يثبت الديه فى مال الجانى، لكون القتل خطأ شبه العمد كما نذكره فى الصوره الرابعه، وإن ذكر الماتن وغيره فيها، بل عن المشهور أنّ السرايه عن جنايه العمد، توجب القصاص، وإن لم تكن الجنايه عمداً مما قصد به القتل ولا ممّا يترتّب عليه القتل غالباً أو احتمالاً مساوياً.

وإن كان المراد سرايه الجرح غير القاتل يوجب القصاص نفساً فلم نجد ما يدلّ عليه من روايه فضلاً عن الروايات.

[1] لما تقدّم من ثبوت القصاص مع التعمد إلى القتل ولو لم يكن الفعل قاتلاً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 42 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 1: 211.

(الثانيه): إذا ضربه بعصا... فمات

(الثانيه): إذا ضربه بعصا، مكرّراً ما لا يحتمله مثله بالنسبه إلى بدنه وزمانه، فمات فهو عمد[1] ولو ضربه دون ذلک، فأعقبه مرضاً ومات، فالبحث كالأوّل ومثله لو حبسهُ ومنعه الطعام والشراب، فإن كان مدّه لا يحتمل مثله البقاء فيها فمات فهو عمد.

الشَرح:

عادةً وأنه إذا لم يقصد القتل يثبت الديه فى مال الجانى فإنه من القتل شبه العمد.

[1] اتّصاف الفعل بأنه يقتل مثله أو لا يقتله مثله يختلف بحسب حال من يقع عليه الفعل من حيث القوّه والضعف والمرض، ومن حيث زمان الفعل من حيث حراره الهواء وبرودتها ففى أىّ مورد اتّصف الفعل بأنّه يقتل مثله يكون القتل عمدياً سواء قصد الجانى القتل أم لا، وفيما لا يكون قاتلاً فإن قصد الجانى القتل فهو عمد وإلا خطأ شبه العمد.

وما فى الكلام الماتن قدس سره فى المقام لو ضربه بما دون ذلک فأعقبه مرضاً ومات، فالبحث فيه كالأل ظاهره ما تقدّم فيما إذا أرسل المخنوق ضمناً فمات فإنّه من القتل عمداً فيوجب القصاص وإن احتمل بعضهم أن يكون المراد ما تقدّم فيما إذا حبس نفسه يسيراً ثمّ أرسل من ثبوت القصاص مع قصد القتل وثبوت الديه مع عدمه ولكن الاحتمال لا يناسب ما تقدّم منه ومن غيره فى الإرسال ضمناً.

وما ذكر فى وجه ثبوت القصاص من كون الفعل مع المرض الحادث به من صدور الجنايه القاتله بلا قصد القتل، لا يمكن المساعده عليه، لأنّ الفعل وإن يحدث المرض به، ولكن المرض غير مقصود وليس الفعل مما يكون حصول المرض به أمراً نوعياً ليكون قصد الفعل من قصد إحداث المرض. وعلى الجمله الفعل لم يقصد به القتل وليس مما يقتل بمثله فلا موضوع للقصاص.

ومما ذكرنا يظهر حكم ما لو حسبه ومنعه من الطعام والشراب فمات فإنّه إن كان

ص :17

(الثالثه): لو طرحه فى النار فمات

(الثالثه): لو طرحه فى النار فمات، قتل به، ولو كان قادراً على الخروج[1] لأنه قد يُشْدَه ولأن النار قد تشنّج الأعصاب بالملاقاه فلا يتيسر له الفرار. أما لو علم أنه ترک الخروج تخاذلاً، فلا قود، لأنّه أعان على نفسه. وينقدح أنه لا ديه له أيضاً لأنّه مستقل بإتلاف نفسه. ولا كذا لو خرج، فترک المداواه فمات، لأنّ السرايه مع ترک المداواه من الجرح المضمون، والتلف من النار ليس بمجرّد الالقاء، بل بالإحراق المتجدّد الذى لولا المكث لما حصل. وكذا البحث لو طرحه فى اللجّه، ولو فصده فترک شدّه أو ألقاه فى ماء فأمسک نفسه تحته مع القدره على الخروج فلا قصاص ولا ديه.

الشَرح:

مثل الحبس والمنع عن الطعام والشراب المفروض مما يقتل به مثل الإنسان المزبور أو قصد بفعله قتله، ثبت موضوع القصاص، وإلاّ يكون القتل شبه عمد فعلى القاتل الديه فى ماله.

[1] مراده قدس سره أنه لو طرحه شخص فى النار فمات بذلک الطرح فيها، يقتل ذلک الشخص قصاصاً حتى فيما لم يقصد بطرحه فيها قتله، لأنّ الإلقاء فى النار يحسب مما يقتل بمثله، وهذا لا يفرق فيه بين أن يكون فى البين مانع من خروجه عن النار أو لم يكن، لأن مجرّد عدم المانع عن الخروج لا يوجب تمكّنه من الخروج عنها، لأنّ المطروح قد يُشْدَهُ أى يدخل فيه الشَّدَهُ يعنى الدهشه، وهو التحيّر وزوال الفهم، ولأنّ النار قد تشنّج أعصابه فلا يتمكّن على الخروج منها.

نعم، لو أحرز أنّه كان متمكّناً على الخروج منها ومع ذلک ترک الخروج تخاذلاً، فلا موضوع للقصاص، لأنّ المطروح أعان على نفسه ولا تثبت الديه أيضاً، كما هو الحال فى جميع من يكون قاتل نفسه.

وعلى الجمله، كما أنّ القصاص يثبت فيما إذا أحرز عدم تمكّنه من الخروج عن

....

الشَرح:

النار، كذلک يثبت فيما إذا احتمل عدم تمكّنه على الخروج لدهشه حصلت له بإلقائه فى النار أو تشنّج أعصابه بملاقاه النار أو غير ذلک. وإنّما ينفى القصاص بل الديه أيضاً فيما أحرز أنّه تخاذل وترک الخروج بالاختيار.

وبما أنّ الأصحاب ذكروا أنّه لو جرحه شخص وترک المجروح مداواه جرحه، فسرى الجرح بترک المداواه فمات يثبت القصاص على الجارح مطلقاً أو فيما كان الجرح بحيث يسرى لو لا مداواته ويقتل، تصدّى قدس سره لبيان الفرق بين ترک الخروج من النار حيث قالوا بسقوط القصاص بل وعدم ثبوت الديه أيضاً، كما عن جماعه، ولعلّه المشهور، وبين ترک المداواه فإنّ تركها لا يوجب سقوط القصاص، وقال فى وجه الفرق إنّ النار لا تقتل الشخص بمجرد الوقوع فيها بل تقتل بالمكث فيها، وبما أن المطروح فى النار قد مكث فى النار باختياره فهو قاتل نفسه، وهذا بخلاف ترک المداواه، فإنّ القتل مع ترک المداواه أيضاً يستند إلى الجرح وسرايته، ولذا يكون الجرح وسرايته مضموناً فيثبت القصاص، وعلى الجمله المداواه على المجروح كانت واجبه وقد عصى بتركها فإنّه يجب على الشخص حفظ نفسه عن الهلاک إلاّ أنّ عصيانه بتركها لا ينافى استناد القتل إلى الجرح السارى الذى هو فعل الجانى.

أقول: يقع الكلام فى مقامين:

الأول: فى أنّ الإلقاء فى النار وترتّب الموت عليه مع عدم خروج المطروح عنها والشک فى أنّ عدم خروجه كان تخاذلاً أو تهاوناً هل يوجب الضمان على الذى طرحه فيها أم لا؟

والثانى: فى الفرق بين ما ذكروا فى المطروح فى النار أو الماء من أنّه إذا مكث فى النار أو الماء باختياره مع تمكّنه من الخروج عنها لا يثبت على الذى ألقاه فيها

....

الشَرح:

لا قصاص ولا ديه، لأنّ المطروح أعان على نفسه وبين ما ذكروا من أنّه إذا جرح شخصاً وترک المجروح مداواه جرحه، فسرت إلى نفسه ومات يثبت على الجانى القصاص.

أمّا الكلام فى المقام الأول، فلابدّ من التفصيل بين النار التى يكون الألقاء فيها ولو بلا مكث فيها قاتلهْ نوعاً ولو بالسرايه والخروج عنها لكثرتها واشتغالها أو لعدم التمكن من الخروج عنها نوعاً، فالألقاء فيها يوجب القصاص سواء قصد الملقى بالكسر بالإلقاء، قتله أم لا لأنّه يصدق أنّه قتله بما يقتل مثله وإن لم يقصد قتله فإنّ هذا موضوع للقصاص كما تقدّم. ويلحق بذلک ما إذا كانت النار غير قاتله بالإلقاء فيها بل يموت الشخص بالمكث فيها، ولكنّ الخروج عنها لم يكن ممكناً، لكونها فى وهده أو كان مانع آخر عن خروجه عنها.

وأمّا إذا لم يكن فى البين مانع عن الخروج عنها ولم يخرج فمات بالمكث ولكن لم يعلم أنه ترک الخروج مع تمكّنه عليه تخاذلاً أو تهاوناً أو لم يتمكّن لطريان الدهشه أو تشنّج أعصابه بملاقاه النار ونحو ذلک، ففى ثبوت القصاص فى الفرض تأمّل بل منع حتى لو كان قصد الملقى من الإلقاء قتله، لأنّ الفعل القاتل فى الفرض هو المكث فى النار المزبوره، ومن المحتمل أن يكون المكث فيها من الفعل الاختيارى للمطروح فيكون هو المعين على نفسه.

وعلى الجمله، لم يحرز استناد القتل إلى من ألقاه فيها ليقال إنه كان الفعل بقصد القتل، ومقتضى الأصل يعنى الاستصحاب عدم استناد الفعل والقتل إلى الْملقى فينتفى الموضوع للقصاص ولا يعارض بأصاله عدم استناد الفعل القاتل إلى اختيار المطروح وإرادته وعدم كون المطروح قاتل نفسه، فإنها غير جاريه حيث لا يثبت بها تعيين القاتل فى الملقى وكون فعله هو القاتل كماهو الموضوع للقصاص، ولذا ذكر

....

الشَرح:

بعض الأصحاب عدم ثبوت القصاص فى الفرض ولكن يثبت الديه على الملقى.

ولكن فى ثبوت الديه أيضاً تأمّل، حيث إنه لم يثبت أنّه القاتل حتى يلتزم بالقصاص أو بالديه. نعم، الأحوط على الملقى بالكسر إعطاء الديه والمصالحه مع أولياء المقتول.

وأمّا المقام الثانى، وهو الفرق بين ترک المجروح مداواه جرحه حتى مات بالسرايه وبين ترک الخروج عن الماء أو النار حتّى هلک بالمکث فيهما فغايه تقريبه أنّ القتل يستند عرفاً إلى من أوجد السبب، يعنى المقتضى والتمکّن فيمن وقع عليه السبب على إيجاد المانع من سرايه أثره لا يوجب سلب استناد القتل إلى فاعل السبب والأمر فى ترک مداواه الجرح السارى إلى النفس کذلک، وهذا بخلاف صوره الإلقاء فى النار أو الماء، فإنّ السبب القاتل لم يحصل بفعل الجانى، يعنى الملقى بالکسر ، بل سبب القتل وهو المکث فى الماء أو النار حصل بفعل المطروح واختياره.

وعلى الجمله أنّ المطروح وإن ترک الواجب عليه بترک مداواه نفسه وخالف وجوب حفظ نفسه عن الهلاک إلاّ أنّ ذلک لا ينافى استناد القتل إلى غيره فيکون نظير المريض الذى يترک مداواه نفسه فلا يقال إنّه قتل نفسه، ولکن يقال إنّه ترک حفظ نفسه عن الهلاک ونظير ما إذا هاجمه غيره مع تمکّنه على الدفاع ولکن ترک الدفاع فقتل، فإنّ تمکّنه على الدفاع لا يوجب أن لا يصدق على مهاجمه أنّه قاتله، ولکن ترکه الدفاع وتخاذله کان حراماً لوجوب حفظ نفسه عن الهلاک.

ولکن ربما يتبادر إلى الذهن أنّه لو کان الفرق بما ذکر صحيحاً، فلا يصح ما ذکره قدس سره بعد ذلک أنّه لو فصده فترک المفصود شدّ موضع الفصد فمات بخروج الدم ونزيفه، لا يکون ضمان على الفصّاد لا القصاص ولا الديه، سواء کان المراد الفصد

(الرابعه): السرايه عن جنايه العمد

(الرابعه): السرايه عن جنايه العمد، توجب القصاص مع التساوى[1]، فلو قطع يده عمداً فسرت، قتل الجارح، وكذا لو قطع اصبعه عمداً بآله تقتل غالباً فسرت.

الشَرح:

عدواناً أو مداواةً.

وما فى الجواهر من أنّ الكلام فى المقام فى الفصد عدواناً وعدم شدّ المفصود موضع الفصد نظير المكث فى النار تخاذلاً(1) لا يمكن المساعده عليه، وذلک فإن القتل فى مسأله الطرح فى النار كان مستنداً إلى المكث وكان المكث من الفعل الاختيارى للمطروح، بخلاف نزيف الدم فإنّه مترتّب على فعل الفصّاد، غايه الأمر بما أنّ الفصد حتى مع عدم شدّ موضعه لا يقتل عاده ولم يكن من قصد الفصّاد قتله، ينتفى القصاص ولكن يثبت الديه كما تقدّم انّ الأمر فى الجرح غير القاتل وغير السارى أيضاً كذلک من انتفاء القصاص وثبوت الديه.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنه إذا تعمد الجارح فى جنايته فسرت تلک الجنايه فمات المجنى عليه يثبت القصاص بلا فرق بين كون جراحته ممّا تسرى ويموت الشخص بسرايتها نوعاً أو كانت سرايتها اتفاقيه كما صرّح به كثير من الأصحاب وهو المنسوب إلى المشهور، ولكن تقدّم أنّ هذا فيما إذا قصد بالجرح قتله أو كانت الجراحه قاتله نوعاً ولو بسرايتها.

وأمّا إذا لم يكن فى البين شىء منهما فاتفقت السرايه والموت فالثابت الديه على القاتل، ولعلّ ما فى كلام الماتن من أنه «لو قطع اصبعه بآله تقتل غالباً فسرت» من تقييد الآله بكونها قاتله يناسب ما ذكرنا، وإلاّ فلا موجب للتقييد.

1- (1) جواهر الكلام: ج 42، ص 28.

(الخامسه): لو ألقى نفسه من علوّ على إنسان

(الخامسه): لو ألقى نفسه من علوّ على إنسان عمداً، وكان الوقوع[2] مما يقتل غالباً، فهلک الأسفل، فعلى الواقع القود، ولو لم يكن يقتل غالباً، كان خطأ شبيه العمد، فيه الديه مغلّظه، ودم الملقى نفسه هدراً.

الشَرح:

[2] الوقوع على إنسان من علو، على صورتين:

الأولى: أن لا يحسب وقوعه على إنسان فعلاً اختياريّاً للواقع كما إذا دفعته الريح العاصفه أو دفعه الغير فوقع على إنسان فقتله.

الثانيه: أن يكون وقوعه من فعله الاختيارى بأن ألقى نفسه من علوّ على إنسان فقتله.

ففى الصوره الثانيه التى تدخل فى صوره القتل بالتسبيب إن كان قصده من إلقاء نفسه عليه، قتل من يقع عليه أو كان إلقاء نفسه عليه مما يقتله، يثبت القصاص، وأمّا إذا لم يقصد من إلقاء نفسه عليه قتله، ولم يكن الإلقاء عليه مما يقتل الواقع عليه نوعاً، فلا قصاص بل إنّه من خطأ شبه العمد، فيثبت الديه المغلّظه.

وفى جميع فروض الصور الثانيه لو مات الملقى بإلقاء نفسه يكون دمه هدراً، لأنّه قاتل نفسه ولو خطأً، بل لو كان موته لفعل من وقع عليه دفاعاً عن نفسه فالأمر كما ذكر.

وأمّا الصوره الأولى: فإن كان وقوعه على إنسان بغير دفع الغير بل لإطاره الريح ونحوه من الأمور الاتفاقيه وقتل بوقوعه على شخص ذلک الشخص، لم يثبت عليه قود ولا ديه لا فى مال الواقع ولا فى عاقلته. كما يشهد بذلک عدّه روايات: منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام «فى الرجل يسقط على الرجل فيقتله؟ فقال: لا شىء عليه، وقال: من قتله القصاص فلا ديه له»(1).

وظاهر نفى الشىء خصوصاً بملاحظه نفى الديه فيمن قتله القصاص نفى

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 41.

(السادسه): لا حقيقه للسحر

(السادسه): قال الشيخ: لا حقيقه للسحر[1] وفى الأخبار ما يدل على أنّ له الشَرح:

الديه أيضاً كنفيه فيمن قتله القصاص.

وفى معتبره عبيد بن زراره قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل وقع على رجل من فوق البيت فمات أحدهما قال: ليس على الأعلى شىء ولا على الأسفل شىء»(1).

وفى صحيحه قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل وقع على رجل فقتله، فقال: ليس عليه شىء»(2). وظاهرها كظهور ما قبلها، الوقوع بلا اختيار، وأمّا إذا كان وقوعه عليه بدفع الغير، فإن كان دفعه على الغير مما يقتل أو قصد الدافع من دفعه قتل من يقع عليه، يثبت القصاص على الدافع، وإلاّ تكون الديه على المدفوع يدفعها إلى أولياء من وقع عليه ويرجع بها إلى دافعه، خلافاً للمشهور حيث جعلوا الديه ابتداءً على الدافع وذكروا أنّه ليس عل المدفوع ديه، واستندوا فى ذلک إلى استناد القتل إلى الدافع.

وما ذكروه وإن كان على القاعده لعدم صدور فعل اختيارى عن المدفوع إلاّ أنّه لابد من رفع اليد عن القاعده لصحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، قال: الديه على الذى دفع على الرجل فقتله لأولياء المقتول. قال: ويرجع المدفوع بالديّه على الذى دفعه. قال: وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً»(3). وقد عمل بها الشيخ، وحكى عن غيره أيضاً، فلا موجب لطرحها.

وهذه الصوره كما أشرنا خارجه من صور القتل بالتسبيب.

[1] المراد من نفى الحقيقه للسحر أنّ السحر لا تأثير له فى شىء ومنه موت

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 41.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 41.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 40.

حقيقه، ولعلّ ما ذكره الشيخ قريب، غير أنّ البناء على الاحتمال أقرب. فلو سحره فمات، لم يوجب قصاصاً ولا ديه على ما ذكره الشيخ، وكذا لو أقرّ أنه قتله بسحره وعلى ما قلناه من الاحتمال يلزمه الإقرار، وفى الأخبار يقتل الساحر، قال فى الخلاف: يحمل ذلک على قتله، حدّاً لفساده لا قوداً.

الشَرح:

الإنسان ونفى التأثير عنه بنحو التأثير المادى ظاهر والنفى عنه التأثير بنحو خرق العاده بأن يكون إراده الساحر وقصده عند سحره أو بسحره مؤثّراً نظير إيجاد الشىء أو إزالته بخرقها بإراده من بيده المعجزه عند استعمالها أو باستعمالها فلو مات إنسان عند سحر ساحر فالموت غير مستند إلى سحره ولا إراده الساحر فلا يكون على الساحر قصاص بل ولاديه حتّى ما لو اراد موته بل لو اعتقد الساحر أنه قتله بسحره واعترف بأنّى قتلته بسحرى فلا قيمه لإقراره، لأنّ الإقرار مع العلم بخطأ المقرّ لا قيمه له، فيكون نظير ما إذا قال شخص أنا قتلت زيداً بدعائى، أو قال: قتلته بحدّه عينى من حدّى عليه.

ويستدلّ على عدم الحقيقه للسحر بقوله سبحانه: «يخيّل إليه من سحرهم أنّها تسعى»(1) وقوله تعالى: «فلما ألقوا سحروا أعين الناس»(2) وقوله: «وما هم بضارّين به من أحد إلاّ بإذن اللّه»(3).

ويستفاد من المحكى عن التبيان وجه آخر أيضاً لنفى حقيقته حيث قال: كلّ شىء خرج عن العاده الجاريه، لا يجوز أن يتأتى من الساحر ومن جوّز إتيان الساحر بشىء من ذلک فقد كفر، لأنّه لا يمكنه العلم بصحه المعجزات الداله على النبوّه لاِنّه أجاز مثله من جهه الحيله والسحر.

ص: 25

1- (1) سوره طه: الآيه 66.
2- (2) سوره الأعراف: الآيه 116.
3- (3) سوره البقره: الآيه 102.

....

الشَرح:

أقول: لا أحتمل أن يلتزم أحد بأنّ السحر لا يكون له حقيقه ولا يوجب الخيال فى المسحور بنحو تشويش باله واضطراب نفسه حتى يتخيّل أنه فى وسط نار مشتعله أو فى البحر الذى يغرقه مائه أو يهاجم عليه من كل جانب ليقتلوه إلى غير ذلک من التخيّلات كما يفصح عن ذلک قوله سبحانه: «يخيّل إليه من سحرهم أنّها تسعى»(1)، وقوله تعالى: «سحروا أعين الناس»(2)، وعلى ذلک فإن أوجب التخيّل المستند إلى سحر الساحر الخوف فى نفس المسحور بقصد هلاكه، فهذا المقدار يوجب صحّه استناد القتل إلى الساحر فيكون موجباً للقصاص.

وكذا فيما يكون الخوف المزبور فى مثل المسحور المذكور قاتلاً وإلاّ يثبت الديه فى ماله.

وعلى الجمله، ثبوت القصاص أو الديه على الساحر لا يبتنى على ثبوت الحقيقه الواقعيه للسحر بل ذكرنا فى مبحث حرمه السحر من المكاسب المحرمه أنّه يظهر من بعض الأخبار وكذا من قوله سبحانه: «فيتعلّمون منه ما يفرّقون به بين المرء وزوجه»(3) أنّ الحاصل خارجاً يعدّ من فعل الساحر ويستند إلى سحره وإنّ له مرتبه من خرق العاده حيث إنّ العقد وإن فرض استناده إلى التخيّل بعضاً إلاّ أنّ الحلّ لا يناسب التخيّل وكذا فيما قيل من السحر على النبى صلى الله عليه و آله .

وعلى أى تقدير فلو اعترف بأنّى قتلته عمداً بسحرى يقتل، وإن اعترف بأنّى قتلته خطأً بسحرى يقع عليه الديه حتّى لو فسّر الخطأ بالخطأ المحض لما يأتى من أنّ

1- (1) سوره طه: الآيه 66.
2- (2) سوره الأعراف: الآيه 116.
3- (3) سوره البقره: الآيه 102.

المرتبه الثانيه: أن ينضمّ إليه مباشره المجنى عليه

(الأولى): لو قدّم له طعاماً مسموماً

المرتبه الثانيه: أن ينضمّ إليه مباشره المجنى عليه وفيه صور:

(الأولى): لو قدّم له طعاماً مسموماً[1] فإن علم وكان مميّزاً فلا قود ولا ديه وإن لم يعلم فأكل ومات فللولىّ القود، لأنّ حكم المباشره سقط بالغرور ولو جعل السم فى طعام صاحب المنزل، فوجده صاحبه فأكله فمات، قال فى الخلاف والمبسوط: عليه القود، وفيه إشكال.

الشَرح:

الديه لا تثبت على العاقله بإقرار الجانى.

[1] للمرتبه الثانيه من القتل بالتسبيب وهو ما كان ترتّب القتل على فعل الجانى لانضمام فعل المجنى عليه، صور ذكرها فى ضمن فروع:

الأولى: ما إذا قدّم للمقتول طعاماً مسموماً فمات بأكله وللتقديم فروض:

(الأول) أن يعلم الآكل أنّ فى الطعام سمّاً فأكله باختياره وإرادته مع تمييزه ففى هذا الفرض لا قود ولا ديه على مقدّمه فإنّ الآكل فى الفرض هو قاتل نفسه، وبتعبير آخر تقديم الطعام للآكل فى الفرض وإن يكن محرّماً نظير تقديم السكين لمن يريد قتل نفسه حيث أنّه إعانه على ظلم الظالم لنفسه وهو محرّم كإعانه الظالم للغير فى ظلمه، إلاّ أنّ القتل يستند إلى المباشر فلا يكون فى ناحيه التقديم غير الإعانه عليه.

(الثانى) أن يكون الآكل المزبور جاهلاً بأنّ فى الطعام سمّاً فقدّم العالم بالحال الطعام المزبور له ليأكله. وفى هذا الفرض يثبت القود على مقدّمه فيما كان تقديمه بقصد قتل الآكل أو كان السم المزبور مما يقتل الشخص به. وكذا إذا لم يكن مما يقتل الشخص بمجرّده ولكن يوجب المرض القاتل.

وأمّا إذا لم يكن بقصد القتل ولا مما يقتل به ولو بحدوث المرض فاتّفق الموت فيدخل القتل حينئذ فى الخطأ الذى يشبه العمد. وعلى الجمله القتل

وإن ترتّب فى هذا الفرض على فعل مقدّم الطعام وآكله إلاّ أنّ جهاله الآكل بالحال توجب استناد القتل إلى

ص :27

....

الشَرح:

مقدّمه العالم بالحال وإلى ذلک أشار الماتن المحقق قدس سره بقوله: «لأنّ حكم المباشره سقط بالغرور».

(الثالث) أن يكون مقدّم الطعام أيضاً جاهلاً بالحال كالآكل، وهذا الفرض وإن يخرج عن المرتبه الثانيه وداخل فى المرتبه الرابعه من التسبيب كما يأتى، إلاّ أنّ المقدّم مع جهله بالحال يكون مثل الآكل الجاهل بالحال فى عدم استناد القتل إليه، بل يكون الضمان حينئذ على من جعل السم فى الطعام المزبور كما إذا أضاف صاحب المنزل شخصاً وهيأ له الطعام وجعل فيه السم وقال للجاهل بالحال قدّمه إلى الضيف. فما يظهر من كلام مجمع الفائده والبرهان من ثبوت الديه على المقدّم فى الفرض أيضاً لا يمكن المساعده عليه.

نعم لو كان المقدّم عالماً بالحال يكون القصاص عليه لا على جاعل السمّ فيه، لأنّ المباشر إذا كان مساوياً للمسبّب يستند الفعل إلى المباشر كما فى الفرض الأول والمقدّم بالإضافه إلى جاعل السمّ كالمباشر فمع علمه بالحال يكون الضمان عليه.

ولا يرد النقض على ما ذكرنا من أنّ مع تساوى المباشر وفاعل السبب يستند الفعل إلى المباشر لا إلى فاعل السبب بمسأله ضمان الطبيب حيث أنّ المريض مع احتماله كون الدواء ضارّاً وتناوله باختياره يكون الضمان على الطبيب، فإنّ الضمان المزبور على تقدير تماميّته للنص.

نعم ما ذكرناه من عدم ضمان المقدّم مع جهله بالحال بل يكون الضمان على جاعل السمّ فيه إنّما هو فيما إذا قال الجاعل للمقدّم خذه وقدّمه إلى الضيف، وأمّا إذا أخذ الجاهل بالحال من عنده إعانةً لصاحب المنزل فقدّمه للضيف فأكل فمات فلا يبعد أن يقال أنّ القتل حينئذ يستند إلى فعلهما معاً، غايه الأمر الاستناد إلى جاعل

....

الشَرح:

السمّ يحسب تعمّداً وإلى المقدّم خطأً.

(الرابع) أن يكون الطعام مسموماً من غير فعل شخص آخر ومن غير التفات من مقدّمه للغير بل كان المقدّم كالآكل جاهلاً بالحال. وفى هذا الفرض يثبت الديه على المقدّم لأنّ تقديمه فى نفسه تسبيب غايه الأمر لغفلته عن حال الطعام يحسب قتله به خطائيّاً.

لا يقال: استناد القتل فى الفرض إلى مقدّم الطعام دون المباشر ينافى ما تقدّم من أنّ مع تساوى فاعل السبب والمباشر يستند الفعل إلى المباشر.

فإنّه يقال: ما تقدّم إنّما هو فى صوره تساويهما فى العلم، وأمّا مع جهلهما فالمتّبع الاستناد العرفى، ولذا ذكر جماعه أنّه لو حفر بئراً عميقاً فى داره ونسى حفره وأمر الغير فى ظلمه بالمرور على الموضع فوقع فيه، فالديّه على الحافر الآمِر مع أنّ فاعل السبب كالماشى المذكور غافل حيث أمره ولو مع غفلته عن حفره يعتبر تسبيباً عرفاً يستند الفعل إليه، وكذا الحال فى تقديم الطعام المسموم من الغافل.

وبالجمله، الغفله عن كون الفعل قاتلاً توجب الانتقال إلى الديه، وكذلک الغفله عن كونه قاتلاً غير من يريد قتله كما إذا أراد قتل غير الآكل المزبور فقدّمه إلى الآكل المزبور باعتقاد أنّه من يريد قتله لظلمه أو نحوها. وهذا مثله وإن لم يدخل فى ضابط خطأ شبه العمد الذى تقدّم إلاّ أنّه لا يحتمل الفرق فى ثبوت الديه على الجانى بين مثل الموارد المزبوره وما يدخل فى ذلک الضابط بعد خروجه عن ضابط قتل العمد حيث إنّ ضابط قتل العمد أن يصيب القتل أو الفعل القاتل بمن أراده كما هو ظاهر قوله عليه السلام «العمد أن يتعمّده فيقتله بما يقتله مثله».

ونظيرتقديم الطعام المسموم إلى غير من يريد قتله اشتباهاً ما إذا أراد قتل أحد فقتل شخصاً آخراً باعتقاد أنّه الذى يريد قتله بحيث لو كان ملتفتاً إلى أنّه غيره لما كان

....

الشَرح:

يقتله أصلاً فإنّ هذا الفرض أيضاً غير داخل فى قتل العمد الموجب للقود فإنّ قتل العمد أن يصيب من يقصده وفى الفرض لم يصبه.

ولو جعل السمّ فى طعام صاحب المنزل فإن كان مع علم الجاعل بأنّه السم القاتل أو جعل بقصد أن يقتل صاحب المنزل، يثبت القود عليه إذا أكل صاحب المنزل الطعام فمات حيث إنّ جعل السم القاتل من أحد الأسباب الذى يقتل الشخص بمثله وما عن الماتن المحقق قدس سره من الإشكال فى ثبوت القصاص، لأنّ صاحب المنزل هو المباشر للأكل الموجب لموته ولم يحصل من الجاعل التقديم ولا إجباره على أكله، لا يمكن المساعده عليه بعد ما ذكرنا من أنّ جعل السمّ فى طعام صاحب المنزل مع غفلته عن الحال مما يقتل الغير بمثله.

نعم لو التفت صاحب المنزل إلى جعل السمّ فأكله فمات، لم يكن على الجاعل قصاص ولا ديه، لأنّه المعين على قتل نفسه. نعم الفعل المذكور من الجاعل حتّى مع التفات صاحب المنزل حرام، لأنّه تعدّ وإعانه على قتل النفس.

ولو فرض أنّ صاحب المنزل والجاعل كلاهما غافلان تثبت الديه على الجاعل، لأنّ الجعل بحسب الفرض التسبيب، وقد تقدّم الجواب عن شبهه ما إذا تساوى المسبّب والمباشر، يستند القتل إلى المباشر، حيث قلنا إنّ التسويه فى موارد العلم والالتفات.

ولو جعل الشخص السمّ فى طعامه فى منزله ودخل شخص آخر فأكله بغير إذن من صاحب المنزل، لا يوجب ذلک على صاحب المنزل يستند القتل إلى الآكل فهو قاتل نفسه حتّى فيما إذا علم صاحب المنزل أنّ الداخل قد يأكله طمعاً فى الطعام المزبور.

الثانيه: لو حفر بئراً بعيده فى طريق

الثالثه: لو جرحه فداوى نفسه بدواء سمىّ

الثانيه: لو حفر بئراً بعيده فى طريق ودعا غيره[1] مع جهالته فوقع فمات فعليه القود، لأنّه مما يقصد به القتل غالباً.

الثالثه: لو جرحه فداوى نفسه بدواء سمىّ[2]، فإن كان مجهزاً فالأول جارح

الشَرح:

نعم، لو لم يكن جعله دفاعاً عن نفسه وماله يكون فعله حراماً حيث يجب عليه التحفّظ على نفس الغير من التلف.

ومثله ما إذا ادخل الطعام المسموم معه فى منزل الغير وجعل الطعام المزبور فى كيس ونحوه بحيث لا يشتبه على صاحب المنزل أنّه مال الداخل ولا يجوز التصرف فيه بلا إذنه ومع ذلک أكله صاحب المنزل بلا إذنه فمات فلا يكون على الداخل قود ولا ديه، لأنّ التعدى وقع من صاحب المنزل حيث أكله بلا إذنه فهو القاتل لنفسه. نعم إدخاله ولو مع احتماله وقوع الأكل عدواناً، كان محرّماً عليه حيث يجب التحفّظ على نفس الغير من الهلاک.

[1] الظاهر عدم الحاجه إلى التقييد بالدعوه فيما إذا حفر البئر المزبوره فى الطريق الذى معرض مرور الناس وكان البئر بنحو يجهل المارّه حفرها، فإنّه إذا سقط فيها أحد فمات، فإن كانت بنحو تقتل الواقع فيها أو كان القصد من حفرها القتل، يثبت القصاص.

وإن لم يكن الوقوع فيها قاتلاً إلاّ بنحو الاتفاق ولم يقصد القتل بحفرها، يكون عليه الديه على قرار ما تقدّم.

نعم، إذا حفر البئر فى ملكه أو فى غير الطريق المزبور ودعا غيره المرور عليه أو كان المارّ غافلاً أو مثل الصبى غير المميّز، يثبت القصاص مع كون الوقوع فيه قاتلاً عادةً أو قصد القتل به وإلاّ يكون عليه الديه نظير ما تقدّم فى جعل السمّ فى طعام الغير.

[2] إذا جرح شخصاً فداوى المجروح جرحه بدواء سمّى بحيث كان الدواء

ص :31

والقاتل هو المقتول فلا ديه له ولوليّه القصاص فى الجرح إن كان الجرح يوجب القصاص، وإلاّ كان له أرش الجراحه وإن لم يكن مجهزاً وكان الغالب فيه السلامه، فاتفق فيه الموت، سقط ما قابل فعل المجروح، وهو نصف الديه وللولىّ قتل الجارح بعد ردّ نصف الديه. وكذا لو كان غير مجهز وكان الغالب معه التلف، وكذا البحث لو خاط جرحه فى لحم حى، فسرى منهما سقط ما قابل فعل المجروح وكان للولىّ قتل الجارح بعد ردّ نصف ديته.

الشَرح:

المزبور مجهزاً بحيث يستند القتل إلى الدواء خاصّه، فالمجروح هو قاتل نفسه ولا يكون على الجارح قصاص أو ديه. نعم لولىّ المقتول قصاص الجراحه إن كان فى الجرح المذكور قصاص وإلاّ يطلب من الجارح أرش الجنايه.

وأمّا إذا لم يكن الدواء السمّى مجهزاً بل يكون الغالب فيه السلامه ولكن استند الموت فى الفرض إلى جرح الجارح والمداواه معاً، ففى الفرض يسقط ما قابل فعل المجروح يعنى نصف الديه فيكون للولىّ قتل الجارح بعد ردّ نصف الديه، كما أنّ له مطالبه نصف الديه على الجارح والاغماض عن القصاص لما سيأتى من أنّ كلّ مورد يكون لولى الدم القصاص بردّ بعض الديه، يجوز له القصاص . . .

وكذا الحال فيما لم يكن الدواء السمّى مجهزاً ولكن يكون الغالب فيه التلف فإنّه فى الفرض ايضاً يسقط نصف الديه ويجوز لولى المقتول القصاص من الجارح بعد ردّ نصف الديه أو مطالبه نصفها والاغماض عن القصاص فيما إذا استند الموت إلى كلا الأمرين من الجرح والمداواه.

أقول: لابدّ من تقييد كلّ ذلک بما إذا كان الجارح قاصداً قتل المجروح وإلاّ فلا موضوع للقصاص، بل يؤخذ منه نصف الديه، ولم يظهر وجه الاطلاق فى كلام الماتن المحقق رحمهم الله حتى القول بالقصاص فى سرايه الجرح غير القاتل فإنّ الموت فى

المرتبه الثالثه: أن ينضمّ إليه مباشره حيوان. وفيه صور: (الأولى): إذا ألقاه فى البحر فالتقمه الحوت قبل وصوله، فعليه القود[1]، لأنّ الإلقاء فى البحر إتلاف بالعاده، وقيل: لا قود، لأنّه لم يقصد إتلافه بهذا النوع وهو قوى. أمّا لو ألقاه إلى الحوت فالتقمه فعليه القود، لأنّ الحوت ضارّ بالطبع فهو كالآله.

الشَرح:

الفرض لم يستند إلى سرايته ولذا يسقط نصف الديه، كما صرّح به الماتن، فإنّ سقوط نصف الديه شاهد أكيد على عدم استناد الموت إلى السرايه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا جرحه الجارح وخاط المجروح الجرح المزبور فمات بسرايه الجرح والخيط، فإنّه مع استناد موته إليهما معاً، يسقط نصف الديه، فإن كان من قصد الجارح قتله فلولىّ المقتول القصاص بردّ الديه وإلاّ يكون على الجارح نصف الديه. ويأتى إن شاء اللّه أنّ الديه تقسّط على الجانبين ولا ينظر إلى قوه جنايه أحدهما وضعف الآخر أو إلى تعدّد جنايه أحدهما ووحده جنايه الآخر.

وعلى الجمله يجرى فى الفرض أيضاً ما إذا كان جرح الجانى بقصد القتل أو كان جرحه قاتلاً نوعاً وإلاّ فلا موجب للقصاص بل يكون عليه نصف الديه مع استناد القتل إلى كلا الأمرين كما هو المفروض فى المقام.

[1] بلا فرق بين أن يقصد قتله بالإلقاء أم لا، فإنّ الإلقاء فى البحر يكون من الفعل القاتل عادةً، ومعه لا فرق أن يموت بالغرق فى البحر أو التقام الحوت أو بإصابه رأسه بالحجر فى البحر، وقد ذكر جماعه من الأصحاب أنّ على ملقيه القود، لأنّ الألقاء فى البحر فى نفسه فعل قاتل غايه الأمر يكون الموت فيه غالباً بالغرق وتخلّف ذلک لا يوجب خروج فعله عن كونه مما يقتل بمثله.

ونظير ذلک ما ألقاه من مكان شاهق فمات فى الأثناء قبل الوصول إلى الأرض من خوفه فإنّ الغالب فيه وإن يكون الموت بالوقوع على الأرض إلاّ أن تخلّف ذلک

(الثالثه): لو انهشه حيّةً قاتلةً فمات

(الثانيه): لو أغرى به كلباً عقوراً فقتله[1]، فالأشبه القود، لأنّه كالآله، وكذا لو ألقاه إلى أسد بحيث لا يمكنه الاعتصام فقتله سواء كان فى مضيق أو بريّه.

(الثالثه): لو انهشه حيّةً قاتلةً فمات، قتل به، ولو طرح عليه حيّه قاتلةً فنهشته فهلک، فالأشبه وجوب القود، لأنّه مما جرت العاده بالتلف معه.

الشَرح:

لا يكون خروج فعله عن كونه قاتلاً.

وما عن الماتن قدس سره من منع القصاص فى الفرض لا يمكن المساعده عليه ولا فرق بين ما ذكر وبين ما يذكر بعد ذلک من إلقائه على الحوت فالتقمه فعليه القود، لأنّ الحوت ضارّ بالطبع فهو كالآله.

وعلى الجمله، الإلقاء فى البحر كالإلقاء إلى الحوت فعل قاتل عادةً، والتخلّف فى الفعل القاتل المقصود، يعدّ من التخلّف فى آله القتل ولا يقاس ذلک بما إذا ألقاه من شاهق إلقاءً قاتلاً، ولكن قتله الغير قبل وقوعه على الأرض برميه قاتله فإنّ هذا من قبيل الاشتراک فى القتل مع استناده إلى كلا الفعلين أو إلى غير الرامى فإنّ فعل إنسان آخر لا يعدّ آله لفعل الملقى.

[1] ممّا ذكرنا فى الصوره الأولى يظهر الحكم فى الصوره الثانيه وهى ما إذا أغرى به كلباً عقوراً بأن كان مما يقتل بعقره عادةً أو قصد أن يقتله بعقره فإنّه يكون على مغريه القود فى كلتا الصورتين حيث إنّ عقر الكلب يعدّ آله بالإضافه إلى فعل مغريه.

ونظير ذلک إذا ألقاه إلى أسد لا يمكن له الفرار عنه فقتله فإنّ على الملقى القود، حيث إنّ افتراسه لو لم يكن أقوى من عقر الكلب العقور فلا ينبغى التأمّل فى أنّه لا يقصر عنه. نعم لو أمكن له الفرار فامتنع عنه لا يكون على الملقى قود ولا ديه، لأنّه القاتل والمعين على نفسه، وقد تقدّم أن نفى القود أو الديه عن الملقى لا يستلزم جواز فعله وعدم تعلّق التعزير عليه.

ص :34

(الرابعه): لو جرحه ثم عضّه الأسد وسرتا

(الخامسه): لو كتّفه وألقاه فى أرض مسبعه

(الرابعه): لو جرحه ثم عضّه الأسد وسرتا[1]، لم يسقط القود وهل يرد فاضل الديه؟ الأشبه نعم، وكذا لو شاركه أبوه أو اشترک عبد وحرّ فى قتل عبد.

(الخامسه): لو كتّفه وألقاه فى أرض مسبعه، فافترسه الأسد اتفاقاً، فلا قود وفيه الديه.

الشَرح:

وكذا يظهر الحال فيما يذكره فى الصوره الثالثه من إنهاشه حيّه قاتله بأن قبض الحيّه وألقمها من جسده فإنّ الانهاش فعل يقتل بمثله فيكون عليه القود نظير ما طرح عليه حيّه فنهشه فمات.

[1] ولو جرحه بقصد قتله أو بجرح قاتل وعضّه الأسد فمات بسرايتهما يكون على الجارح القود، لأنّ المفروض أنّه بقصده القتل أو كون جرحه قاتلاً، متعمّد فى القتل غايه الأمر بما أنّ الموت مستند إلى أمرين أحدهما فعله والآخر فعل الأسد، يثبت القصاص للولىّ عنه بردّ فاضل الديه أى نصفها، نظير ما إذا قتل الابن اثنان أحدهما أبوه والآخر الأجنبى، فإنّ القصاص يتعلّق على الأجنبى حيث لا يقتصّ من الأب، ولكن يردّ نصف الديه على الأجنبى.

وكذلک فيما قتل العبد اثنان أحدهما حرّ والآخر عبد يتعلّق القصاص على العبد ويردّ نصف قيمته على مولاه.

ودعوى الفرق بين اشتراک الأب والأجنبى فى قتل الولد أو قتل العبد باشتراک الحرّ والعبد وبين عضّ الأسد فإنّ جنايه الأسد غير مضمونه بخلاف جنايه الأب والحرّ، لا يمكن المساعده عليها فإنّ جنايه الأسد كما أنها غير مضمونه بالإضافه إلى الغير كذلک غير مضمونه بالإضافه إلى الجارح بعد صدق استناد القتل إلى جرحه وعضّ الأسد، بل ربما يقال إنّه لو نهشته بعد عضّ الأسد حيّه فمات بحيث استند موته إلى جرح الجانى وعضّ الأسد ونهش الحيّه، يرد عليه الثلثان من الديه فإنّ الفرض كاشتراک ثلاثه فى قتل

ص :35

المرتبه الرابعه: أن ينضمّ إليه مباشره إنسان آخر

(الأولى): لو حفر واحد بئراً

المرتبه الرابعه[1]: أن ينضمّ إليه مباشره إنسان آخر، وفيه صور:

(الأولى): لو حفر واحد بئراً فوقع آخر بدفع ثالث، فالقاتل الدافع دون الحافر، وكذا لو ألقاه من شاهق، فاعترضه آخر فقدّه نصفين قبل وصوله الأرض، فالقاتل هو المعترض. ولو أمسک واحد وقتل آخر فالقود على القاتل دون الممسک، لكنّ الممسک يحبس أبداً، ولو نظر إليهما ثالث لم يضمن، لكن تسمل عيناه، أى تفقأ.

الشَرح:

واحد ولا يبعد أن يكون الأمر كذلک بعد فرض الاستناد المزبور.

ولا يخفى أنّه يكون القصاص من الجارح فى فرض قصده القتل أو كون جرحه قاتلاً نوعاً، وإلاّ يكون عليه نصف الديه أو ثلثه لا القصاص كما أنّ الأمر فى مقدار الديه كذلک لو أغمض الولى عن الاقتصاص وطالبه بالديّه.

ولا يخفى أيضاً أنّ الكلام فى المسأله ما إذا لم يكن عضّ الأسد ونهش الحيّه مستنداً إلى فعله بإلقاء المجنى عليه فى أرض مسبعه وإلاّ يكون الحال فيها كالحال فى الصوره الخامسه التى ذكرها بقوله «ولو كتّفه وألقاه فى أرض مسبعه . . . » أى أرض يوجد فيه السباع، فإنّه لو كان إلقائه فيها بقصد قتله بافتراس السبع أو كان السباع فيها بنحو يكون الافتراس فيه أمراً غالبياً يتعلّق على الملقى القود مع تحقّق الهلاک وإن كان وجود السبع وافتراسه أمراً نادراً ولم يكن من قصده قتله، يكون عليه الديه ويظهر وجه ذلک كلّه مما تقدّم، كما يظهر وجه الخلل فيما ذكره الماتن قدس سره من نفى القود، إلاّ أن يكون مراده عدم كون القصد بالإلقاء قتله.

[1] المرتبه الرابعه: ما إذا كان فعل إنسان آخر دخيلاً فى تحقّق القتل من القاتل ولهذه المرتبه صور:

(والصوره الاولى): ما إذا كان فعل المباشر بحيث يستند القتل إليه وإن كان فعل

ص :36

....

الشَرح:

الآخر دخيلاً فى تحقّق القتل من المباشر، كما إذا حفر بئراً ووقع فيه إنسان بدفع آخر فمات الواقع، فإنّ القتل يستند إلى الدافع وإن يكن حفر البئر دخيلاً فى تحقّقه بحيث لو لا حفرها لما كان الدافع قاتلاً.

ونظير ذلک ما إذا ألقاه من شاهق وقبل أن يصل إلى الأرض اعترضه آخر فقدّه نصفين بسيفه فإنّ القتل يستند إلى من قدّه نصفين وإن كان يقتل لولا القدّ، بالوقوع الأرض.

نعم، إذا كان المعترض له يعدّ كالآله كما إذا ألقاه فى دار المجانين فاعترضه مجنون فقتله، يكون القود على الملقى فيما إذا كان إلقائه فيها بقصد قتله أو كان الإلقاء فيها قاتلاً عاده كما تقدّم نظيره فى الإلقاء فى البحر فالتقمه الحوت قبل وقوعه فى الماء.

ومن قبيل ما ذكر من استناد القتل إلى المباشر ما لو أمسكه واحد وقتله الآخر فإنّ القود على القاتل دون الممسک، نعم يحبس الممسک أبداً حتّى يموت ولو كان فى البين ثالث ناظراً أى: مراعياً لهما فى إتمام فعلهما لم يضمن كالممسک إلاّ أنّه تسمل عيناه أى تفقأ وتشقّ.

ويدلّ على ذلک صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام فى رجلين أمسک أحدهما وقتل الآخر، قال: يقتل القاتل، ويحبس الآخر حتى يموت غمّاً، كما حبسه حتّى مات غمّاً»(1) ونحوها مرفوعه سماعه(2).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 17 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 17 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2.

....

الشَرح:

وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ ثلاثه نفر رفعوا إلی أمیر المؤمنین علیه السلام واحد منهم أمسک رجلاً وأقبل الآخر فقتله والآخر یراهم فقضی فی (صاحب) الرؤیه أن تسمل عیناه وفی الذی أمسک أن یسجن حتی یموت کما أمسکه وقضی فی الذی قتل أن یقتل(1).

وقد ذکر بعض الأعلام أنّ الممسک یحبس بعد ضرب جنبیه ویجلد کلّ سنه خمسین جلده، واستشهد لذلک بمعتبره عمرو بن أبی المقدام «أنّ رجلاً قال لأبی جعفر المنصور وهو یطوف: یا أمیر المؤمنین إنّ هذین الرجلین طرقا أخی لیلاً فأخرجاه من منزله فلم یرجع إلیّ، ووالله، ما أدری ما صنعا به، فقال لهما: ما صنعتما به؟ فقالا: یا أمیر المؤمنین کلّمناه ثم رجع إلی منزله إلی أن قال فقال لأبی عبداللّه علیه السلام جعفر بن محمد اقض بینهم إلی أن قال فقال: یا غلام اکتب بسم اللّه الرحمن الرحیم قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله کلّ من طرق رجلاً بالیل فأخرجه من منزله فهو ضامن إلاّ أن یقیم علیه البیّنه أنّه قد ردّه إلی منزله یا غلام! نحّ هذا فاضرب عنقه للآخر، فقال: یابن رسول اللّه واللّه ما أنا قتلتْهْ ولکنّی أمسکته، ثم جاء هذا فوجأه فقتله، فقال: أنا ابن رسول اللّه، یا غلام نحّ هذا فاضرب عنقه للآخر فقال: یابن رسول اللّه ما عذّبته ولکنّی قتلته بضربه واحده، فأمر أخاه فضرب عنقه، ثمّ أمر بالآخر فضرب جنبیه وحبسه فی السجن ووقع علی رأسه (یحبس عمره ویضرب فی کلّ سنه خمسین جلده)(2).

ولکن لا یخفی أنّها وارده فیمن أخرج المقتول من منزله لیلاً، ومن المحتمل أن یکون ضرب جنبیه وضرب خمسین کلّ سنه من جهه إخراجه المقتول من منزله لیلاً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 17 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 3.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 18 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 1.

الثانيه: إذا أكرهه على القتل

الثانيه: إذا أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر دون الآمر[1] ولا يتحقق الإكراه فى القتل ويتحقق فيما عداه. وفى روايه على بن رئاب يحبس الآمر بقتله حتى يموت. هذا إذا كان المقهور بالغاً عاقلاً ولو كان غير مميّز كالطفل والمجنون فالقصاص على المكره لأنّه بالنسبه إليه كالآله.

الشَرح:

ولا يمكن تسريه هذا الحكم إلى مطلق الممسک، واللّه العالم.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا أكرهه المكره على قتل شخص لا يجوز للمأمور قتله فإن قتله يجرى عليه القود ويحبس الآمر بقتله حتّي يموت ويقال مع ذلک بعدم تحقّق الإكراه في القتل، لأنّه مع علم المأمور بأنّه على تقدير العمل بأمر الآمر يقتل قصاصاً لأنّ النفس بالنفس فلا يكون موافقه أمر الآمر توقيه لنفسه عن الهلاک.

والمعتبر فى موارد تحقق الإكراه أن يكون الموافقه على إكراه المكره بالكسر توقيه لنفسه من الضرر الأعظم ولذلک ذكر الماتن قدس سره تحقق الإكراه في غير القتل كما إذا أمَرَ بجرح الآخر أو قطع عضوه كيده وإلاّ أى إن خالف المأمور أمره يقتله، فإنّه الإكراه المجوّز.

ويلزم على ذلک أنّه لو أمره بقطع يد غيره أو جرحه مثلاً، فإن لم يقطع أو لم يمتثل أمره يقطع يد المأمور وإن لم يجرحه يجرح الآمر المأمور، فلا يتحقق الإكراه المجوّز، لأنّه ليس امتثال أمره توقيه لنفسه من الضرر الأعظم، بخلاف ما إذا قال إن لم يقطع أو لم تجرح قتلتک فإنّه يتحقق فى هذه الصوره الإكراه المجوّز، ولكن لا يخفى أنّ رفع الإكراه امتنانيه وكما لا ترفع الحرمه فيما إذا أكرهه على قتل الغير كذلک لا ترفع فى موارد القطع والجرح وإن كان الضرر المتوعّد به قتل المكره بالفتح .

وعلى الجمله، لا حكومه لرفع الإكراه فى هذه الموارد مما يكون الرفع فيها خلاف الامتنان على الغير بل يكون هذه الموارد داخلاً فى عنوان التزاحم بين حرمه

....

الشَرح:

الجنايه على الغير وبين وجوب حفظ النفس عن الهلاكه والتلف والجنايه.

والحاصل: أنّ المشهور عدم جواز قتل الغير بالإكراه عليه ويتعلّق على المكره بالفتح القود ويحبس الآخر.

ويدلّ عليه صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل أمر رجلاً بقتل رجل فقتله فقال: يقتل به الذى قتله ويحبس الآمر بقتله فى الحبس حتى يموت»(1).

فإنّ هذه الصحيحه لو لم تكن ظاهره فى خصوص الإكراه فلا أقلّ من إطلاقها.

وصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إنّما جعل التقيه ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فليس تقيه»(2)، ونحوها موثقه أبى حمزه الثمالى(3)، فإنّ قتل الغير بالتقيّه التى داخله فى الاضطرار إذا كان غير مشروع فلا يجوز فعله بالإكراه عليه، بل يمكن التمسّک بما دلّ على حرمه قتل النفس المحترمه بعد بيان عدم رافعيّه الإكراه والاضطرار حرمته فيكون المقام نظير ما إذا كان إنسان يموت جوعاً إلاّ أن يقتل إنساناً آخر فيأكل لحمه، وكما أنّه لا يتحقّق الاضطرار الرافع فى المثال فكذا الإكراه فى مفروض الكلام.

ولكن ذكر بعض المحقّقين قدس سره (4) أنّه لو أكرهه على قتل شخص وكان ما توعدّ به من الضرر دون القتل فلا يجوز قتل الشخص المزبور، فلو قتله المكره بالفتح ، كان عليه القود وعلى المكره بالكسر الحبس المؤبدّ، وأمّا إذا كان الضرر المتوعّد به هو القتل فلا يبعد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1.
2- (2) الوسائل: ج 11، الباب 31 من أبواب الأمر والنهى وما يناسبهما، الحديث 1.

3- (3) الوسائل: ج 11، الباب 31 من أبواب الأمر والنهى ومايناسبهما، الحديث 1.
4- (4) مبانى تكمله المنهاج: ج 2، ص 13.

....

الشَرح:

الالتزام بأنّه يجوز للمكره قتله، ولكن يتعلّق عليه الديه ويحبس المكره بالكسر مؤبدّاً.

والوجه فى هذا التفصيل أنّ حديث رفع الإكراه وإن لا يرفع حرمه قتل النفس فى الفرض لاختصاص الرفع بموارد الامتنان فى الرفع إلاّ أنّ حرمه قتل الغير مع وجوب حفظ النفس وعدم تعريضه للهلاک من المتزاحمين وحيث لا ترجيح فى البين، فلا مناص من الالتزام بالتخيير وعليه يكون القتل سائغاً وغير صادر عن ظلم وعدوان، فلا يترتّب عليه القصاص، ولكن يثبت الديّه على القاتل، لأنّ دم أمرء مسلم لا يذهب هدراً ولا يقاس بمسأله الاضطرار إلى قتل الغير وأكل لحمه، لأنّ فى حفظ النفس فى هذا الفرض ارتكاب محرّمين قتل الغير وأكل لحمه.

أقول: ما يمكن لنا من إحراز التساوى هو تساوى ملاک قتل النفس مع ملاک قتل الغير، وأمّا تساوى صلاح التحفّظ على النفس من هلاكتها مع ملاک حرمه قتل النفس المحترمه فلا سبيل لنا إلى إحرازه ومن المحتمل حدّاً أن يكون فساد قتل المؤمن متعمّداً أكبر من صلاح التحفّظ على نفسه كما لا يبعد استفاده ذلک من قوله عليه السلام «إنّما شرع التقيه ليحقن به الدم وإذا بلغ الدم فلا تقيه» وعليه فوجوب التحفّظ على النفس منوط على جواز ما يتوقّف عليه ومع شمول الاطلاق فيما دلّ على حرمه قتل المؤمن متعمّداً، لقتل الغير إكراهاً، ينتفى وجوب التحفّظ على النفس لعدم التمكن عليه لحرمه مقدّمته.

هذا كلّه إذا كان المكره بالفتح بالغاً عاقلاً، وأمّا إذا كان مجنوناً أو صبيّاً غير مميّز يتعلّق القود على الآمر حيث أنّ المجنون والصبى غير المميز يحسب آله للآمر.

وإذا كان الصبى مميّزاً فلا يتعلّق عليه القود بل يتعلّق الديه على عاقلته، لما دلّ على أنّ عمد الصبى خطأ تحمله العاقله كما يأتى، ويتلعّق بالآمر يعنى المكره باكسر

....

الشَرح:

ما تقدّم من أنّه يحبس مؤبدّاً. والوارد فى صحيحه زراره المتقدّمه وإن كان فرض الآمر رجلاً وكذا المأمور، إلاّ أنّ المتفاهم أنّ ذكر الرجل من باب المثال.

ولو أمر امرأه بقتل الغير فقتلته، يتعلّق القود بالمرأه ويحبس الآمر.

وعلى الجمله لكلّ من يتصدّى لقتل الغير بإكراه المكره وكان المتصدّى فاعلاً مختاراً يتعلّق بالمكره الحبس عقوبه على ما أكرهه، كما يتعلّق القود بالمتصّدى إلاّ فيما إذا كان غير بالغ، لأنّ عمد الصبى وخطأه سيّان.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: ما أشار إليه الماتن المحقق قدس سره من أنّ الصبى المميّز يقتصّ منه إذا بلغ عشر سنين على ما ذكره بعض الأصحاب.

ولعلّه لما ورد فى الصبى البالغ عشر سنين أنّه يصحّ وصيتّه وتصدّقه ويحمل عليه ما ورد فى معتبر السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل وغلام اشتركا فى قتل رجل فقتلاه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتصّ منه وإذا لم يكن يبلغ خمسه أشبار قضى بالديّه»(1).

وفيه أنّ ما ورد نفوذ وصيتّه إذا بلغ عشر سنين مع اختصاصه بقسم من الوصيه كما ذكر فى محلّه، لا يوجب جواز الاقتصاص، والمعتبره معارضه، بما دلّ على أنّ عمد الصبى وخطأه سيّان حيث أنّ ظاهره الصبى المُمَيّز، وإلاّ فلا عمد لغير المُمَيّز، فإنّه كالآله كما تقدّم فيرجع إلى ما دلّ على رفع القلم عن الصبى بعد اختصاص كلّ منهما بالمميّز كما لا يخفى.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 36 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1.

ویستوی فی ذلک الحرّ والعبد[1]، ولو کان ممیّزاً عارفاً غیر بالغ وهو حرّ فلا قود، والدیه علی عاقله المباشر، وقال بعض الأصحاب: یقتصّ منه إن بلغ عشراً وهو مطرح وفی المملوک المیّز تتعلّق الجنایه برقبته فلا قود. وفی الخلاف: إن کان المملوک صغیراً أو مجنوناً سقط القود ووجبت الدیه والأوّل أظهر.

الشَرح:

ثانیهما: ما ربما یتبادر إلی الذهن أنّه یجوز للإنسان قتل الغیر فی مورد إکراهه علی قتله مع کون الضرر المتوعّد به القتل بعنوان الدفاع عن النفس.

ولکنّه وهم محض، فإنّ الجایز فی مورد الدفاع عن النفس، قتل المتعدی والمهاجم علیه وهو فی الفرض المکره بالکسر لا الغیر.

وأمّا دعوی جواز قتل الغیر للاضطرار علیه فقد تقدّم أنّ الاضطرار لا یوجب جواز قتل الغیر کما هو المستفاد من نفی التقیّه بإراقه الدم ونحوه.

نعم لو قام فی مورد دلیل علی جوازه کما فی تترّس الکفّار فی قتالهم ببعض المسلین فذلک أمر آخر یلتزم فیه بالجواز.

[1] المشهور بین الأصحاب أنّه لا فرق فیما تقدّم بین کون المکره بالفتح حرّاً أو عبداً فیتعلّق القود بالعبد ویحبس سیّده الآمر عبده بقتل الغیر مؤبّداً.

قال الماتن قدس سره فی النافع ولو کان المأمور عبده قولان أشبههما أنّه کغیره. وظاهر ذلک وجود القائل بعدم تعلّق القود بالعبد بل یتعلّق القود بالسید ویحبس العبد، ولکن هذا غیر منقول إلاّ عن الاسکافی، وقیل مال إلیه صاحب الوافی لموثقه إسحاق بن عمّار عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی رجل أمر عبده أن یقتل رجلاً فقتله قال: یقتل السیّد به»(1).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 1.

....

الشَرح:

وفی معتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل أمر عبده أن یقتل رجلاً فقتله، فقال أمیر المؤمنین علیه السلام : وهل عبد الرجل إلاّ کسوطه أو کسیفه، یقتل السید ویستودع العبد السجن»(1) ورواها الصدوق باسناده إلی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام .

ونقل العلامه فی المختلف عن الشیخ فی الخلاف أنّه قال اختلف روایات أصحابنا فی أنّ السید إذا أمر عبده بقتل غیره فقتله فعلی من یجب القود؟ فروی بعضها أنّ علی السید القود وفی بعضها علی العبد القود والوجه فی ذلک أنّه إن کان العبد مخیّراً عاقلاً یعلم أنّ ما أمره به معصیه فإنّ القود علی العبد وإن کان صغیراً أو کبیراً لا یمیّز واعتقد أنّ جمیع ما یأمره به سیّده واجب علیه، کان القود علی سیّده.

وقال الشیخ قدس سره فی التهذیب بعد نقل الخبرین: «قال محمد بن الحسن هذان الخبران قد وردا ما أوردناهما وینبغی أن یکون العمل علی الخبر الأول (یعنی الخبر الأول قبل الخبرین الدالّ علی الاقتصاص من مباشر القتل) لأنّه موافق لظاهر کتاب اللّه والأخبار الکثیره التی قدّمناها، لأنّ القرآن قد نطق أنّ النفس بالنفس، وقد علمنا أنّه ما أراد إلاّ النفس القاتله، والأخبار التی قدّمناها فیمن اشترک بالرؤیه والإمساک والقتل تؤیّد ذلک أیضاً، لأنّ القصاص فیها إنّما أوجب علی القاتل ولم یوجب علی الممسک ولا علی الناظر وقد علمنا أنّ الممسک أمره أعظم من الآمر وإذا کان الخبران مخالفین للقرآن والأخبار فینبغی أن یلغی أمرهما ویکون العمل بما سواهما علی أنه یحتمل الخبران وجهاً وهو أن یحملا علی من تکون عادته أن یأمر عبیده بقتل الناس ویغریهم بذلک

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 2: 33.

....

الشَرح:

ويلجئهم إليه، فإنّه يجوز للإمام أن يقتل من هذه حاله لأنّه مفسد فى الأرض» إنتهى(1).

أقول: لا يخفى ما فى كلامه قدس سره أوّلاً حمل الروايتين على صوره اعتياد المولى بأمر عبده أو عبيده بقتل الناس لكونه مفسداً فى الأرض، ينافى الأمر بحبس العبد القاتل حتّى يموت حيث أنّ مقتضى الحمل المزبور أن يقتل العبد قصاصاً ومولاه لكونه مفسداً، كما أنّ حمل الروايتين على صوره كون العبد صغيراً، لا يمكن فإنّه مع كون العبد صغيراً بمنزله الآله له لا موجب لحبسه حتّى يموت.

وثانياً: ما ذكره قدس سره من أنهما تخالفان الكتاب العزيز والروايات، غير تامّ، حيث أنّ غايه ما يمكن أن يقال هو أنّ مقتضى إطلاق الآله الاقتصاص من المباشر حتّى فيما كان عبداً قتل نفساً بأمر مولاه، فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بالروايتين كساير الموارد التى يرفع اليد عن اطلاق الآيه أو عمومها بالخبر المقيّد أو الخاص وشىء من الروايات لم يرد فى الاقتصاص عن العبد القاتل بأمر مولاه غايه ألأمر مقتضى الاطلاق فى بعض الروايات كصحيحه زراره المتقدمه جريان القصاص على العبد فيرفع بهما عن إطلاقها أيضاً. هذا كلّه فى المملوک البالغ العاقل.

وأمّا إذا كان صغيراً فيكون الصغير كسوط المولى وسفيه بالفحوى ولذا يتعلّق على مولاه القود ومع خطائه فى أمره يتعلّق عليه الديه، كما لا يخفى.

وقد ذكر الماتن قدس سره أنّه لو كان المأمور مميّزاً عارفاً غير بالغ وهو حرّ فلا قود لا على الآمر ولا على المأمور لصغره، بل تكون الديه على عاقله الصبى كما هو مقتضى

1- (1) التهذيب: ج 10، ص 220.

....

الشَرح:

ما ورد من أنّ عمد الصبى خطأ تحمله العاقله.

وأما إذا كان المامور عبداً مميزاً تتعلق الجنايه برقبته.

ولكن مقتضى ما ذكرنا أنّه لا فرق فى المميز وغيره فى أنّ القود على مولاه ومع خطأ المولى يكون عليه الديه بلا فرق بين كون العبد بالغاً أو صغيراً.

ص :46

فروع

الأول: لو قال اقتلنى وإلاّ قتلتک[1] لم يسغ القتل، لأن الاذن لا يرفع الحرمه ولو باشر لم يجب القصاص، لأنّه كان مميّزاً أسقط حقّه بالاذن فلا يتسلّط الوارث.

الشَرح:

[1] أقول: إذا قال شخص لآخر: اقتلنى وإلاّ اقتلنّک، ففى هذا صورتان:

إحداهما: أنّ المكره يعلم أو يطمئن بأنّه لو لم يقتله لما توجّه إليه الضرر المتوعّد به فلا ينبغى التأمّل فى أنّه لا يجوز له قتل الآخر، حيث أن إذنه فى قتله لا يوجب ارتفاع الحرمه.

وما قيل من أنّ قتله وإن كان محرّماً أنّه لا يتعلّق على المأمور القاتل القود، لأنّ المقتول بأمره أسقط ضمان النفس كما إذا أمره باتلاف ماله بإلقائه فى البحر فإنّه وإن لم يجز للمأمور إلقائه فى البحر، لأنّه تضييع وتبذير للمال إلاّ أنّه إذا ألقاه فيه لم يكن عليه ضمان.

ولكن لا يخفى ما فى القياس فإنّ ضمان المتلف مال الغير إنّما هو من جهه حرمه ماله وإذا أسقط المالک حرمه ماله بالاذن لإتلافه بلا عوض فلا يبقى موجب للضمان وللمالک سلطنه على ذلک وهذا لا ينافى عدم جواز الاتلاف بالمباشره أو بالتسبيب تكليفاً بانطباق عنوان محرّم عليه من تضييع المال أو غيره، وهذا بخلاف إتلاف النفس والعضو، فإنّه ليس للإنسان سلطنه على إتلافهما أو إسقاط حرمتهما ليكون إذنه للغير فى الاتلاف إسقاطاً لاحترامهما.

وعلى الجمله، القصاص نفساً أو طرفاً ليس عوضاً للتالف بل هو حق للجزاء على الجنايه جعله الشارع لولىّ القصاص بعد فعليّه الحقّ وما فى كلام الماتن وجماعه عدم

الثانى: لو قال اقتل نفسک

الثانى: لو قال اقتل نفسک[1] فإن كان مميّزاً فلا شىء على الملزِم وإلاّ فعلى المُلزَم القود. وفى تحقّق إكراه العاقل هنا إشكال.

الشَرح:

القصاص فى الفرض، لأنّه أسقطه بالإذن فلا يتسلّط الوارث، لا يمكن المساعده عليه.

ومما ذكرنا، ظهر أنّه لا ينفذ إذن الإنسان لغيره، لقلع عينه أو قلبه أو كليته للترقيع إلى بدن مريض بالعوض أو مجاناً مع حياته أو بعد موته لما ذكرنا من عدم سلطنه الشخص على قتل نفسه أو الجنايه عليها بقطع عضوه لا حال حياته ولا بعد مماته ليجوز الجنايه مع إذن صاحب العضو.

نعم يقال لا بأس بالترقيع يعنى العمليه الجراحيه لمن يتصدّى لها مع إذن صاحب العضو بنحو الوصيه أو بدونها، وفيما كان العضو من الحى مع عدم كون المقطوع منه من الأجزاء الرئيسه فإنّ الجنايه على الميت أو قطع العضو من الحى وإن لم يكن فى نفسه عملاً جائزاً إلاّ أنّه فى مقام التزاحم بينه وبين وجوب إحياء النفس الذى فى معرض التلف يجوز لأنّ إحياء النفس أهمّ فلا أقلّ من احتمال الأهمّيه أو الأقل من عدم احتمال الأهميه فى ناحيه قطع العضو من الحى أو الميت.

ولكن لا يخفى أنّه لا سبيل لنا إلى إحراز وجوب إحياء النفس المنحصر مقدمته فى المحرم الذى يعدّ جنايه على الحى أو الميت بل مقتضى حرمه الجنايه عدم التكليف بوجوب الاحياء، والاستدلال على أهميه الإحياء بجواز الجنايه على الغير حفظاً للنفس كما إذا قال: اقطع يد زيد وإلاّ أقتلک، غير تام، لأنّ حرمه الإلقاء فى الهلكه أهمّ أو محتمل الأهميه من قطع عضو الغير ونحوه، بخلاف إحياء النفس المشرفه على الموت بالمرض، حيث أنّ وجوب إحيائها المتوقف على الجنايه على الغير غير معلوم فضلاً عن أهميته، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] لو قال اقتل نفسک فإن كان المأمور مميّزاً أو بالغاً عاقلاً فقتل نفسه لم يتعلّق

ص :48

....

الشَرح:

بالمكره قود ولا ديه بل يحبس إلى أن يموت لما تقدّم. وإن كان غير مميّز يتعلّق بالمكره القود.

وقد يقال بتحقّق الإكراه المجوّز لقتل النفس فيما إذا كان ما توعّد به من القتل من نوع أصعب(1).

ولكن هذا غير صحيح لعدم جواز قتل النفس بوجه وإلاّ جاز قتل النفس اضطرار فيما إذا كان مرضه المهلك موجباً تحمّل الزجر مدّه طويله، وأمّا إذا لم يكن فى البين إلاّ مجرّد الأمر من دون توعّد فقد ذكر الماتن قدس سره عدم شىء على الملزم فيما إذا كان المأمور مميزاً.

ولكن لا يبعد جريان الحبس عليه لعدم احتمال الفرق بين الأمر بقتل الغير أو بقتل نفسه كما لا يخفى.

ينبغى التعرّض فى المقام لأمر وهو أنّه إذا علم المكلّف بأنّه لو لم يقتل نفسه يبتلى بالمحذور الأشدّ وما فيه وزره أعظم كما قد يتّفق ذلک للأسير بيد أعداء الدين حيث قد يعلم أنّه لو لم يقتل نفسه لم يتحمّل ما يفعله الأعداء من الزجر والعذاب، لأن يكشف لهم أسرار المسلمين ومكان قوّتهم ولا يجد عند زجرهم أىّ وسيله لكتمان ما يريدون منه ومع الكشف عن أسرار المؤمنين ومكان قوّتهم تقع هزيمه يصعب عليهم تحمّلها ولا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا أحرز مؤمن حال الأسير وعدم تحمّله زجر الأعداء ويكشف لهم ما فيه ضرر عظيم وصدمه شديده على المؤمنين يجب عليه التسبيب إلى قتله بيد الأعداء لو أمكن وإلاّ يباشر قتله لكون ما يترتّب على ترک قتله أشدّ وأعظم

1- (1) مبانى تكمله المنهاج: ج 2، ص 17.

الثالث: يصحّ الإكراه فيما دون النفس

الثالث: يصحّ الإكراه فيما دون النفس، فلو قال: اقطع يد هذا أو هذا وإلاّ قتلتک، فاختار المکره أحدهما ففی القصاص تردّد[1] منشأه أنّ التعیین عری عن الإکراه والأشبه القصاص علی الآمر لأنّ الإکراه تحقّق والتخلّص غیر ممکن إلاّ بأحدهما.

الشَرح:

بمراتب من قتله ولکن لا یجوز للأسیر المزبور المطلع علی حاله وعدم تحمّله الزجر قتل نفسه بل یجب علیه الکتمان وعدم الکشف عن أسرارهم المؤمنین ومکان قوّتهم وغیر ذلک ولو عند الزجر بأیّ مرتبه.

نعم، إذا علم من حاله عدم التحمّل وأنّه یکشف الأسرار أثناء الزجر یکون قتل نفسه جائزاً لإرشاد العقل إلی اختیار أقل الوزرین نظیر ما ذکر فی توسّط الغاصب فی أرض مغصوبه من اختیار التصرّف الخروجی من باب أنّه ارتکاب بما فیه الوزر الأقل.

وعلی الجمله قد تقدّم ما یظهر منه عدم جواز قتل الإنسان نفسه لا بالإکراه ولا بالاضطرار فی حال، کما لا یجوز له قتل مؤمن من غیر حقّ لا بالإکراه ولا بالاضطرار إلاّ فی مورد توقّف التحفظ علی المصلحه الأهم ودفع الصدمه الشدیده المتوجّهه علی الحوزه الأسلامیه والمؤمنین علیه. وفی مورد الجواز أو الوجوب کما ذکرنا یسقط القود علی القاتل وینتقل الأمر إلی الدیه لاحترام دم المؤمن وأنّه لا یذهب هدراً، واللّه العالم.

[1] مراده قدس سره أنّ الإکراه علی الجنایه علی الغیر یوجب ارتفاع حرمتها کما إذا قال: اقطع ید هذا وإلاّ قتلتک، فله قطع یده وإذا قطعها یکون القصاص علی المکره بالکسر ، لأنّ السبب مع جریان الاکراه أقوی من المباشر ولا یکون علی المکره بالفتح شیء. وکذا ذکروا أنّه لو أکرهه علی إتلاف مال الغیر یکون ضمان إتلافه علی المکره بالکسر ولا یجوز للمالک الرجوع إلی المکره بالفتح .

الصوره الثالثه: لو شهد اثنان بما يوجب قتلاً كالقصاص، أو شهد أربعه بما يوجب رجماً كالزنا، وثبت أنهم شهدوا زوراً بعد الاستيفاء لم يضمن الحاكم

الشَرح:

ولكن ما ذكروه من ثبوت القود على المكره بالكسر بدعوى أنّ استناد القطع إليه أولى وأقوى من استناده إلى المباشر لا يخفى ما فيه، لأنّه يصحّ أن يقال إنّه لم يقطع يده بل قطعه فلان بإكراه منه، ولذا استشكل فى القواعد فيما ذكروه بل المتعين فى الفرض ثبوت الديه على المكره بالفتح لفرض جواز قطعه الموجب لارتفاع الجنايه ظلماً وعدواناً. نعم للمكره بالفتح الرجوع إلى المكره بالكسر فيما خسره من الديه حيث أنّه أتلفها عليه بإكراهه.

وبهذا يظهر الحال فيما لو قال له اقطع يد هذا أو ذاک وإلاّ قتلتک فإنّه لا يتعلّق بالمكره بالفتح إلاّ الديه، وليس على المكره بالكسر إلاّ التعزير مع عدم كونه مفسداً فى الأرض، وذكر إيضاً فى الإكراه على إتلاف المال ضمان المكره بالفتح غايه الأمر يرجع إلى المكره لإتلافه عليه بإكراهه.

وإيضاً ظاهر الماتن وغيره أنّ جواز الجنايه لقاعده رفع الأكراه وذكرنا فيما تقدّم عدم جريان الأكراه فى موارد يكون رفع التكليف فيها خلاف الامتنان وإنّما يجوز الجنايه على الغير فى طرفه أو ماله للمزاحمه بين حرمه إضرار الغير والجنايه عليه وبين وجوب التحفظ على نفسه ولو لم يكن الثانى أهمّ فلا أقلّ من احتمال كونه أهم.

وتظهر الثمره بين جريان الإكراه وبين ملاحظه التزاحم فيما لو قال: اقطع يد فلان وإلاّ قطعت يديک فإن قيل بجواز القطع لرفع الإكراه جاز قطع يده لأنّ الضرر المتوعّد به على تركه، أكثر من اضراره بخلاف ما إذا قلنا أنّ الجواز للتزاحم فإنّ حرمه الجنايه على الغير بقطع يده مع وجوب التحفظ على يديه متزاحمان ولا سبيل لنا إلى إحراز الأهميّه فى وجوب التحفظ على يديه بل ولا احتمال الأهميّه من دون احتمالها

ولا الحدّاد وكان القود على الشهود[1]، لأنّه تسبيب متلف بعاده الشرع.

نعم، لو علم الولى وباشر القصاص كان القصاص عليه دون الشهود، لقصده إلى القتل للعدوان من غير غرور.

الشَرح:

فى ناحيه حرمه قطع يد الغير.

[1] الصوره الثالثه من المرتبه الرابعه التى يكون انضمام فعل إنسان آخر دخيلاً فى تحقّق القتل، ما إذا شهد اثنان بما يوجب قتلاً كما إذا شهدا بموجب القصاص أو شهد أربعه بما يوجب الرجم كالزنا وثبت أنّهم شهدوا بالموجب زوراً وبهتاناً فإنّه لا خلاف فى ضمان الشهود وأنّه يتعلّق عليهم القود، لما ذكرنا فى بحث الشهاده من اعتبار الشارع شاهد الزور متلفاً فى الأموال وغيرها.

وفى معتبره مسمع كردين عن أبى عبداللّه عليه السلام المرويه فى الفقيه «فى أربعه شهدوا على رجل بالزنا فرجم ثمّ رجع أحدهم فقال شككت فى شهادتى قال: عليه الديه قال: فإنّه قال شهدت عليه متعمّداً، قال: يقتل»(1).

والمراد أنّ عليه ربع الديه أو القتل بعد إرجاع ثلاثه أرباع الديه إلى أوليائه، بقرينه غيرها كمعتبره السكونى الآتيه.

ومنها صحيحه إبراهيم بن الأزدى، قال: «سألت أبا عبداللّه عن أربعه شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته قال: فقال: يقتل الرابع (الراجع) ويؤدّى الثلاثه إلى أهله ثلاثه إرباع الديه»(2).

والمراد من رجوعه، الاعتراف بتعمّده بقرينه غيرها.

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 3: 24.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 12 من أبواب الشهادات، الحديث 2: 240.

الرابعه: لو جنى عليه فصيّره فى حكم المذبوح

الرابعه: لو جنى عليه فصيّره فى حكم المذبوح[1]، وهو أن لا تبقى حياته مستقرّه وذبحه آخر فعلى الاوّل القود وعلى الثانى ديه الميت واذا كانت حياته مستقرّةً فالأول جارح والثاني قاتل سواء كانت جنايته مما يقضى معها بالموت غالباً كشقّ الجوف وآلامه أو لا يقضى به كقطع الانمله.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام . . . «وقال فى أربعه شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجامعها وهم ينظرون، فرجم ثمّ رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الديه إذا قال شبّه علىّ، وإذا رجع اثنان وقالا شبّه علينا غرّما نصف الديه، وإن رجعوا كلّهم وقالوا: شبّه علينا غرّموا الديه، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً»(1).

وعلى ذلک فهذه الروايات ونحوها تنفى ضمان الديه عن الحاكم والحدّاد وتثبت ضمانها أو القود على الشهود، وهذا يجرى فى الشهاده بموجب القصاص أيضاً.

نعم، لو استوفى الولى القصاص بعد ثبوت موجبه عند الحاكم، وكان عالماً بتزوير الشهود وبطلان شهادتهم، يكون القصاص على الولى، لأنّه قاتله عدواناً من غير غرور.

وأمّا إذا لم يباشر الولى القصاص وطلب من الحدّاد الاستيفاء فهل يكون الحال كما اذا باشره فى تعلّق القصاص على الولىّ أو يكون الولىّ فى الفرض أحد الشركاء فى التقل لا يبعد الأول لاستناد القتل إلى طلبه مع علمه بالحال.

[1] ذكروا أنّه لو جنى على شخص فجعله فى حكم الإنسان المذبوح بأن لا تبقى له معها حياه مستقره والمراد بعدم بقاء الحياه المستقره، عدم بقاء إدراک وشعور ولا نطق ولا حركه اختياريه له ثمّ ذبحه آخر، كان القود على الجانى الأول، وعلى الثانى

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 14 من أبواب الشهادات، الحديث 2: 243.

....

الشَرح:

ديه الجنايه على الميت، حيث أنّه يصدق فى الفرض على الأول أنّه قاتله والجنايه الثانيه الوارده عليه لا تقصر عن الجنايه على الميت قطعاً فيكون على الثانى ديه الجنايه على الميت.

وأمّا لو كانت حياته مستقره يتعلق القصاص بالجانى الثانى حيث يستند قتله إليه حتّى لو فرض أنّ الجنايه الأولى كانت مفضيه إلى موته أيضاً لو لا الجنايه الثانيه فإنّ الجنايه الثانيه تمنع عن سرايه الأولى وإفضائها إلى الوت.

وربما يتبادر إلى الذهن أنّ ما ذكروا فى المقام من أنّ مع عدم بقاء الحياه المستقره فى المجنى عليه بالمعنى المزبور يحسب الجنايه الثانيه، جنايه على الميت حتّى ما إذا كانت الجنايه الثانيه موجبه لتعجّل زهوق روحه، ينافى ما ذكروا فى باب التذكيه من أنّه إذا تردّى حيوان من جبل أو أصابه بما لا يحلّ الصيد به وأدركه وهو حىّ عينه تطرف وذنبه تتحرّک فذكّاه، يكون حلالاً فإنّه يعمّ ما إذا كانت طرفه عينه وتحرّک ذنبه غير اختيارىّ وبدءً لزهوق روحه ولو كانت الجنايه الثانيه فى الإنسان المزبور جنايه على الميت يكون فرى الأوداج فى الحيوان فى المثال من قطع أوداج الحيوان الميت.

ولكن الجواب أنّ مما ذكروا فى تذكيه الحيوان مقتضى الروايات الوارده فى أنّه مع قطع أوداج الحيوان بالذبح قبل أن يزهق روحه ذكاه فيحلّ بها أكله.

وذكر فى القواعد أنّه لو قتل مريضاً مشرفاً وجب القود، وظاهر صاحب الجواهر قدس سره حمله على صوره الحياه المستقرّه للمشرف بالمعنى المتقدّم وقرّره لصدق القتل عرفاً ولكن نقل عن كشف اللّثام ثبوت القود حتى فيما إذا لم يكن للمشرف المزبور الحياه المستقره بالمعنى المتقدم وأنّه يتعلّق القود بالجانى فى كلتا الصورتين لصدق القتل وفرق بين الجانى على المشرف وما تقدّم من الجنايتين مع

الخامسه: لو قطع واحد يده وآخر رجله فاندملت إحداهما ثم هلک

الخامسه: لو قطع واحد يده وآخر رجله فاندملت إحداهما ثم هلک[1]، فمن اندمل جرحه فهو جارح والآخر قاتل يقتل بعد ردّه ديه الجرح المندمل.

الشَرح:

فرض عدم حياه مستقره للمجنى عليه بالجنايه الأولى بأنّ الموجب للقصاص من الجنايتين ما إذا استند تلف النفس إليها هذا لا يجرى فى المريض وليس موجب تعلق القصاص فى الجنايه على المريض المشرف أنّ المريض ربّما تنتهى حالته إلى مثل تلک الحاله ثم يبرأ لا ان هذا مشترک بين المريض والمجنى عليه.

ولكن ناقش فى هذا الكلام بأنّه مع فرض المريض من عدم بقاء الحياه المستقره له لا وجه للقود فيه وفرض البرء مع الحاله المزبوره لا يتحقق لا فى المجنى عليه ولا فى المريض المفروض(1).

أقول: الظاهر هو الفرق فى استناد القتل بين الفرضين كما يظهر بالتأمّل، وأن لا يطرء فيهما إلاّ بنحو خرق العاده.

[1] المراد استناد موته إلى الجرح غير المندمل وأنه أهلكه بالسرايه فيكون على الجارح المزبور القصاص فيما إذا كان فصده من الجنايه قتله حيث أنّ قطع اليد أو الرجل لا يكون مما يقتل به عاده، وقد تقدّم أنّ الموجب للقصاص فى الهلاک مع السرايه أحد الأمرين، إمّا قصد القتل أو كون الجرح مما يقتل مثله، وأمّا الجارح الآخر المندمل الجرح الوارد بجنايته، فإن كان بقصد القتل أم لا فعليه القصاص فى الطرف أو الديه مع التراضى، وظاهر الماتن وغيره أنّه يقتص قصاص النفس من الجانى الذى هلک المجنى عليه بسرايه جرحه بعد ردّ نصف الديه عليه أىّ ديه العضو الذى اندمل جراحته وقيّده بعضهم الردّ بما أخذ من الجانى الديه.

أقول: مقتضى القاعده أنّ الجانى الذى سرت جنايته يتعلّق عليه القصاص يعنى

1- (1) جواهر الكلام: ج 42، ص 58 59.

....

الشَرح:

قصاص النفس من غير أن يرد عليه نصف الديه فإنّ ردّ الديه على الجانى الذى ترتّب على جنايته هلاک المجنى عليه يكون فيما إذا جرح اثنان شخصاً فمات بسرايه جراحتهما أو جنايتهما فإنّه يردّ أولياء المقتول نصف الديه على كلّ منهما إن أرادوا القصاص من كلّ منهما وإن أخذوا من أحدهما الديه أو عفوا عنه ولم يأخذوا منه القصاص ولا الديه وأرادوا قتل الآخر فعليهم ردّ نصف الديه عليه وأما إذا جنى واحد شخصاً فلم تسر جنايته وأخذ من الجانى الديه أو اقتصّ منه ثم جنى شخص آخر بجنايه قاتله أو بقصد قتله فسرت فمات يجوز لأوليائه القصاص من الجانى الثانى من غير ردّ الديه عليه، لأنّ قتل النفس مستند إليه أو إلى جنايته، فيتعلّق عليه قصاص النفس والمقام من هذا التقبيل لفرض اندمال أحد الجرحين وموت المجنى عليه بسرايه الجنايه الأخرى من شخص آخر.

ولكن فى روايه سوره بن كليب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سئل عن رجل قتل رجلاً عمداً، وكان المقتول أقطع اليد اليمنى، فقال: إن قطعت يده فى جنايه جناها على نفسه أو كان قطع فأخذ ديه يده من الذى قطعها فإن أراد أوليائه أن يقتلوا قاتله أدّوا إلى أولياء قاتله ديه يده الذى قيد منها إن كان أخذ ديه يده ويقتلوه وإن شاؤوا طرحوا عنه ديه يد وأخذوا الباقى. قال: وإن كانت يده قطعت فى غير جنايه جناها على نفسه ولا أخذ لها ديه قتلوا قاتله ولا يغرم شيئاً وإن شاؤوا أخذوا ديه كامله قال: وهكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام »(1)، ولكن الروايه مع كونها مفصّله فى ردّ نصف الديه لضعفها لا يمكن رفع اليد بها عن القاعده التى أشرنا إليها مع عدم إمكان الالتزام

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 50 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 82.

فرع: لو جرحه اثنان كلّ واحد منهما جرحاً فمات[1] فادّعى أحدهما اندمال جرحه وصدّقه الولى لم ينفذ تصديقه على الآخر، لأنّه قد يحاول أخذ ديه الجرح من الجارح والديه من الآخر، فهو متّهم فى تصديقه، ولأنّ المنكر مدّع للأصل فيكون القول قوله مع يمينه.

الشَرح:

بمدلولها فإنّ لازمه أن لا يكون على القاتل شىء فيما إذا كانت الجنايه القاتله خطأً أو كان المحنى عليه مقطوع اليد من قبل إلاّ أم يلتزم بالتفرقه بين القصاص والديه.

[1] إذا جرح كلّ من الاثنين شخصاً بقصد قتله وادّعى أحدهما أنّ جرحه كان مندملاً وصدّقه ولىّ المقتول فإنّ تصديق الولى نافذ على نفسه، حيث إنّه إقرار منه بعدم الحقّ له فى قتل مدّعى الاندمال ولو بردّ نصف الديه عليه بل له القصاص من الجرح أو أخذ ديه المندمل، ولكن تصديق الولى غير نافذ بالإضافه إلى الجارح المنكر لاندمال جرح شريكه فلا يحقّ للولى قتل منكر الاندمال قصاصاً من دون ردّ نصف الديه عليه، كما لا يجوز له مطالبته بتمام ديه النفس، وما فى عباره الماتن من عدم نفوذ تصديق الولى لمدّعى الاندمال بالإضافه إلى منكره لكونه قد يحاول بتصديقه أن يأخذ ديه الجرح من الجارح وديه النفس من الآخر فهو لايساعد ما تقدّم منه فى المسأله الخامسه من أنّه لو أريد القصاص من الجانى الذى سرت جنايته ردّت عليه الديه المأخوذه من الجانى الذى اندمل جرحه اللّهم ان يوجّه بأنّ الردّ مختصّ بصوره قتله قصاصاً وأمّا إذا أخذت ديه النفس منه لا يرد عليه الديه المأخوذ للجرح المندمل ولكن فى التوجيه مالا يخفى.

وأمّا ما ذكره ثانياً من أنّ المنكر لاندمال جرح شريكه يدعى ما يوافق الأصل فيكون منكراً فيقدّم قوله مع حلفه للولى على عدم الاندمال فهو أمر صحيح.

ونتيجه ذلک أنّه لا يجوز للولى الاقتصاص منه إلاّ بعد ردّ نصف الديه عليه أو أخذ نصف الديه منه.

السادسه: لو قطع يده من الكوع وآخر ذراعه

السادسه: لو قطع يده من الكوع وآخر ذراعه فهلک قتلا به[1]، لأنّ سرايه الاول لم تنقطع بالثانى، لشياع ألمه قبل الثانيه، وليس كذلک لو قطع واحد يده وقتله الآخر، لأنّ السرايه انقطعت بالتعجيل وفى الأُولى إشكال. ولو كان الجانى واحداً دخلت ديه الطرف فى ديه النفس إجماعاً منّا[2] وهل يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس؟ اضطربت فتوى الأصحاب فيه، ففى النهايه: يقتصّ منه الشَرح:

[1] لو جنى أحد على شخص جنايه، ثمّ جنى آخر جنايه فى موضع الجنايه الأولى، فمات المجنى عليه، كما إذا قطع واحد يد شخص من الكوع أى من الزند مما يلى طرف الإبهام ثم قطع شخص آخر ذراعه من اليد المقطوعه فمات المجنى عليه، يقع الكلام فى أنّ الجنايه الأولى تنقطع سرايتها بالجنايه الثانيه ويتعلّق قصاص النفس بالجانى الثانى وأنّ الأوّل جارح نظير ما إذا قطع واحد يد إنسان وقتله آخر فإنّه لا ينبغى التأمّل فى أنّ الثانى قاتل والأول جارح، كما تقدّم، أو أنّ الجنايه الثانيه أى قطع الذراع لا تقطع سرايه الأولى فهما مشتركان فى القتل يجوز الاقتصاص بالنفس من كليهما، ذكر الماتن قدس سره كغيره أنّ الجنايه الثانيه لا تقطع سرايه الأولى، فإنّ قطع اليد من الكوع أوّلاً قد أحدث فى بدن المجنى عليه ألماً لا ينقضى بحدوث الجنايه الثانيه ولا يقاس بما ذكر من قطع واحد يده أوّلاً ثم قتله آخر حيث أنّ القتل يقطع سرايه الجنايه الأولى، ثم استشكل فى عدم انقطاع سرايه قطع اليد من الكوع أوّلاً بقطع الذراع ثانياً.

أقول: المعيار فى كون الاثنين مشتركين فى القتل استناد موت المجنى عليه إلى جنايتهما عرفاً، فإن استند إليهما يتعلّق القود بكلّ منهما وإلاّ يكون القاتل هو الذى استند الموت بجنايته كما إذا كان الجنايه الثانيه جنايه قاتله ولو بلحاظ وقوع الجنايه الأولى قبلها، ويكون الأول جارحاً، كما تقدّم.

[2] ثم يقع الكلام فيما إذا قطع واحد يد إنسان من الكوع أوّلاً، ثمّ قطعها من

إن فرّق ذلک وإن ضربه ضربه واحدةً لم يكن عليه أكثر من القتل، وهى روايه محمد بن قيس عن أحدهما. وفى المبسوط والخلاف: يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس، وهى روايه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام . وفى موضع آخر من الكتابين: لو قطع يد رجل ثم قتله قطع ثم قتل، والأقرب ما تضمنّته النهايه لثبوت القصاص بالجنايه الأولى، ولا كذا لو كانت الضربه واحده.

الشَرح:

الذراع ثانياً، فمات، فإن كان القطع مما يوجب الديه أصاله فتدخل ديه الطرف فى ديه النفس على ما ذكر الماتن وغيره من أنّ ديه الطرف تدخل فى ديه النفس بالإجماع وظاهره كما صرّح به غير واحد بعدم الفرق بين أن تكون الجنايتان بضربه واحده أو بضربتين، وقيل بالفرق وأنّ دخول ديه الطرف فى ديه النفس فيما إذا كانت الجنايتان بضربه واحده ويؤخذ من الجانى ديه الطرف وديه النفس فيما استند الموت إلى الجنايه الثانيه مع كونهما بضربتين. نعم لو استند الموت إلى سرايه الجنايتين لا يكون إلاّ ديه النفس، وعلى ذلک يقع الكلام فى مقامات:

الأول: فى دخول ديه الطرف فى ديه النفس فيما إذا كانت الجنايتان بضربه واحده.

والثانى: دخول ديه الطرف فى ديه النفس وعدم دخولها فيها إذا كانت الجنايتان بضربتين.

والثالث: فى دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس فيما إذا كانت الجنايتان بضربه واحده.

والرابع: دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس أو عدم دخوله فيه فيما إذا كانت الجنايتان بضربتين.

أمّا المقام الأول، فالظاهر عدم خلاف فى دخول ديه الطرف فى ديه النفس،

....

الشَرح:

ويمكن الاستدلال عليه بصحيحه أبى عبيده الحذّاء، قال: «سألت أبا جعفر عن رجل ضرب رجلاً بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجافه حتّى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاه ولا يعقل ما قال ولا ماقيل له فإنّه ينتظر به سنه فإن مات فيما بينه وبين السنه أقيد به ضاربه وإن لم يمت فيما بينه وبين السنه ولم يرجع إليه عقله أغرم ضاربه الديه فى ماله لذهاب عقله قلت: فماترى عليه فى الشجّه شيئاً؟ قال: لا، لأنّه ضرب ضربه واحده فجنت الضربه جنايتين فألزمته أغلظ الجنايتين وهى الديه، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين لألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلاّ أن يكون فيهما الموت بوحده وتطرح الأخرى فيقاد به ضاربه» الحديث(1)، فإنّ مفادها دخول ديه شجّه الرأس فى ديه ذهاب العقل الذى لا يحتمل الفرق بينه وبين النفس، وتعليل هذا التداخل بوقوع الجنايتين بضربه واحده مقتضاها عدم التداخل مع عدم وقوع الجنايتين بضربه واحده بأن حصل كل منهما بضربه مستقله، اللّهم إلاّ أن يدّعى أنّ هذا التعليل راجع إلى غير الجنايه على النفس فلا يجرى فى الجنايه على الطرف والنفس، ولكن الدعوى ضعيفه فانّ ظاهرها أنّ مع تعدّد الضربات يلزم على الجانى كلّ جنايه حاصله منها مالم تنتهى الجنايه الحاصله من بعضها إلى قصاص النفس، ولذا يكون مقتضى الصحيحه عدم تداخل ديه الطرف فى ديه النفس مع تعدّد الضربات.

نعم، يبقى فى المقام دعوى إجماع الماتن وغيره بالتداخل، فإنّ تمّ فيرفع اليد به عن ظاهر الصحيحه وإلاّ فمقتضى الأصل عدم التداخل، ثم انّ عدم التداخل فيما إذا لم

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث 1: 281.

....

الشَرح:

يستند الموت إلى مجموع الجنايات وإلاّ فلا ينبغى التأمّل فى أنّ الثابت ديه النفس خاصه ويبعد الالتزام بأنّه لو جنى شخص على الآخر خطأً بأن قطع يده ثم بعد مضى زمان طويل قتله خطأً فيلتزم بديّه النفس خاصّه ومن هنا فصّل بعضهم بين الجنايتين بضربتين مع وقوع فصل بين الضربتين بقليل أو كثير، واستشكل فى التداخل فى القسم الأخير، وهذا كلّه فيما إذا كانت ديه الجنايه ثابته بالأصل، وأمّا مع وقوع الصلح على الديه مع اطلاق الديه فيبتنى التداخل على دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس وعدمه.

ولا ينبغى التأمّل فى دخول الجنايه على الطرف فى الجنايه على النفس إذا كانت الجنايتان بضربه واحده، فيتعلّق على الجانى القود خاصّه، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أحدهما عليه السلام «فى رجل فقأ عينى رجل وقطع اذنيه ثم قتله فقال: إن كان فرّق ذلک اقتصّ منه ثمّ يقتل وإن كان ضربه ضربه واحده ضربت عنقه ولم يقتصّ منه»(1).

وفى صحيحه حفص بن البخترى قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب على رأسه فذهب سمعه وبصره واعتقل لسانه ثمّ مات فقال: إن كان ضربه ضربه اقتصّ منه ثمّ قتل وإن كان أصابه هذا من ضربه واحده قتل ولم يقتصّ منه»(2) وظاهر هاتين أنّ مع تعدّد الضربات لا تداخل فى البين، ولكن ظاهر صحيحه أبى عبيده المتقدّمه هو التداخل حيث ورد فيها أنّ مع تعدّد الضربات لا تتداخل الجنايه الحاصله من ضربه فى الجنايه الحاصله من ضربه أخرى ما لم يكن فى البين قتل حيث مع وقوع القتل يقتصّ

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 51 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 82.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 51 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 83.

وكذا لو كان بسرايته كمن قطع يد غيره فسرت إلى نفسه فالقصاص فى النفس[1] لا فى الطرف.

مسائل من الاشتراک

الأُولى: إذا اشترک جماعه فى قتل واحد

الأُولى: إذا اشترک جماعه فى قتل واحد قتلوا به والولىّ بالخيار بين قتل الجميع بعد أن يردّ عليهم ما فضل عن ديه المقتول فيأخذ كلّ واحد منهم ما فضل من ديته عن جنايته وبين قتل البعض ويردّ الباقون ديه جنايتهم فإن فضل للمقتولين فضل قام به الولى[2].

الشَرح:

من الجانى وتترک الجنايات الأخرى.

وربما يقال تحمل صحيحه أبى عبيده الظاهره فى دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس مع تعدّد الضربات على صوره الموت بالسرايه من الجنايات فإن أمكن هذا الجمع فهو وإلاّ لا يؤخذ بصحيحه محمد بن قيس وحفص لموافقتها الكتاب العزيز الدالّ بإطلاقه على ثبوت القصاص فى الطرف والنفس.

وربما يقال بأنّ مقتضى ما ورد فى النهى عن التمثيل بالقاتل وإن مثّل هو بغيره وقتله دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس ولكن لا يخفى أنّ التمثيل به غير القصاص فى الطرف والنفس.

[1] وذلک فإنّ القتل لا ينفکّ عادةً عن الجرح والجنايه على الطرف فمع موت المجنى عليه بسرايته تكون الجنايه قتلاً ويثبت مقتضاه من ديه النفس أو القود.

[2] فيما اشترک اثنان أو الأزيد فى قتل أحد ظلماً يكون الخيار لولى المقتول فى القصاص عن كل واحد منهم أو يأخذ الديه، فلو اشترک ثلاثه فى قتل رجل فلولىّ المقتول أن يقتل كلّ واحد منهم ويردّ عليهم الفاضل من ديه جنايتهم بأن يردّ ثلثى الديه على أولياء كل واحد منهم فيكون عليه ديتا النفس.

ص :62

....

الشَرح:

وإن اقتصّ عن واحد يردّ كلّ واحد من المتروكين ثلث الديه على أولياء المقتول قصاصاً ولا يكون على ولى القصاص شىء، وإن قتل منهم اثنين قصاصاً يردّ المتروک ديه جنايته أى ثلث الديه على أولياء كلّ من المقتولين قصاصاً بأن يعطى كلاً من أوليائهما سدس الديه وعلى الولى إكمال ثلثى الديه على أولياء كلّ منهما بأن يردّ على كلّ منهما نصف الديه، يعنى ثلثاً وسدساً ليتمّ لكلّ منهما ثلثا الديه.

ويظهر من كلمات الأصحاب التسالم على أمر وهو أنّ أولياء المقتول قصاصاً فى الفرض الثانى لا يطالبون الفاضل من ديه مقتولهم من ولىّ القصاص بل المطالب به شريكاه فى القتل، وهكذا فى الفرض الثالث يطالب أولياء المقتولين قصاصاً كلّ منهما الشريک المتروک بسدس ديه مقتولهم ولا يحقّ لها مطالبه ولىّ القصاص به، وهذا الحكم وإن كان على خلاف القاعده لأنّ اتلاف مقتولهم فعل ولىّ القصاص فهو الضامن لما أتلفه عليهم، إلاّ أنّه لابدّ من الالتزام بالمتسالم عليه فإنّه يستفاد من الروايات المعتبره الوارده فى حكم الشركاء فى القتل، كصحيحه داود بن سرحان عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين قتلا رجلاً قال: إن شاء أولياء المقتول أن يؤدّوا ديه ويقتلوهما جميعاً قتلوهما»(1). وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى عشره اشتركوا فى قتل رجل قال: يخيّر أهل المقتول فأيّهم شاؤوا قتلوا ويرجع أوليائه على الباقين بتسعه أعشار الديه»(2)، ومدلولهما كون الفاضل من ديه جنايه المقتول قصاصاً على المتروكين نظير الفرض الثانى من المثال الذى ذكرنا، وفى صحيحه عبداللّه بن

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 29.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 29.

....

الشَرح:

مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجلين قتلا رجلاً قال: إن أراد أولياء المقتول قتلهما أدّوا ديه كامله وقتلوهما وتكون الديه بين أراد المقتولين فإن أرادوا قتل أحدهما قتلوه وأدّى المتروک نصف الديه إلى أهل المقتول، وإن لم يؤدّ ديه أحدهما ولم يقتل أحدهما قبل الديه صاحبه من كليهما وإن قبل أولياء الديه كانت عليهما»(1).

وفى معتبره الفضيل بن يسار قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : عشره قتلوا رجلاً، قال: «إن شاء أوليائه قتلوهم جميعاً وغرموا تسع ديات، وإن شاؤوا تخيّروا رجلاً فقتلوه وأدّى التسعه الباقون إلى أهل المقتول الأخير عشر الديه كلّ رجل منهم ثم الوالى بعد يلى أدبهم وحبسهم»(2).

ويظهر من هذه أنّ عفوّ ولى الدم عن القصاص أو حتى عن الديه أيضاً لا يوجب سقوط التعزير على الجانى فيكون للوالى أدبه وحبسه كما أنّ ظاهرها أيضاً كون الفاضل من ديه جنايه المقتول على المتروكين.

وفى صحيحه أخرى لابن مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام إذ قتل الرجلان والثلاثه رجلاً فإن أرادوا قتلهم ترادّو افضل الديات فإن قبل أوليائه الدّيه كانت عليهما وإلاّ أخذوا ديه صاحبهم(3) ولا يعارضها مثل معتبره أبى العباس وغيره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا اجتمع العده على قتل رجل واحد حكم الوالى أن يقتل أيّهم شاؤوا وليس لهم أن يقتلوا أكثر من واحد، إنّ اللّه عز وجل يقول «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 30.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 6: 30.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 5: 30.

. ...

الشَرح:

فلا يسرف فى القتل».

والوجه فى عدم المعارضه أنّ هذه الروايه الدالّه على أنّه ليس للولى قتل أكثر من واحد مطلقه تعمّ صوره امتناع الولى عن ردّ فاضل الديه وصوره أدائه فاضلها، والروايات المتقدمه دالّه على أنّ للولىّ قتل الجميع أو الأكثر مع ردّه فاضل الديه، فتحمل هذه الروايه على صوره امتناعه عن ردّ فاضل الديه فليس له فى الفرض إلاّ قتل واحد، لأنّ مع قتل الواحد يكون الفاضل عن ديّته على المتروكين كما تقدّم فى الروايات، ولو أغمض عن هذا الجمع العرفى يتعيّن طرحها لموافقتها لمذهب بعضهم من أنّه ليس للولى قتل الجميع، لأنّه إسراف فى القتل حيث لم يذهب بالجنايه غير نفس واحده.

ثم إنّ ظاهر الماتن أنّ ولىّ المقتول إذا أراد قتل الجميع فلا يحقّ له قتلهم إلاّ بعد ردّه الفاضل من ديه جنايتهم حيث قال: فالولىّ بالخيار فى قتل الجميع بعد ما يردّ عليهم ما فضل . . . إلخ، وقد صرّح بعض الأصحاب بذلک وعمّم كلّ مورد يكون ردّ فاضل الديه عليه ولو فى غير الاشتراک فى القتل، كما إذا قتل رجل امرأه وأراد أولياء المرأه القصاص من الرجل فإنّه لا يحقّ لهم إلاّ بعد ردّ فاضل ديه الرجل، ويدلّ على ذلک ما ورد فى صحيحه عبداللّه بن مسكان المتقدمه من قوله عليه السلام «إن أراد أولياء المقتول قتلهما أدّوا ديه كامله وقتلوهما»(1) حيث أنّ فى ظاهرها أداء الفاضل علّق على إراده قتل الجميع لا على قتلهم.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يقتل المرأه متعمداً فأراد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 30.

وتتحقّق الشركه[1] بأن يفعل كلّ واحد منهم ما يقتل لو انفرد أو ما يكون له شركه فى السرايه مع القصد إلى الجنايه، ولا يعتبر التساوى فى الجنايه، بل لو جرحه واحد جرحاً والآخر مائه جرح ثم سرى الجميع فالجنايه عليهما بالسويه ولو طلب الديه كانت عليهما نصفين.

الشَرح:

أهل المرأه أن يقتلوه قال: «ذاک لهم إذا أدّوا إلى أهله نصف الديه(1) فإنّ ظاهرها أنّ حقّ القتل مشروط بأداء نصف الديه.

وفى صحيحه أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجلين اجتمعا على قطع يد رجل، قال: إن أحبّ يقطعهما أدّى إليهما ديه يد أحد فاقتسماها ثم يقطعهما» الحديث(2)، حيث إنّه لا فرق فى هذا الحكم بين قصاص النفس وقصاص الطرف بل يمكن أن يلتزم - كما هو ظاهر بعض - أنّ هذا لا يختصّ بما إذا كان ردّ فاضل ديه جنايه الجانى على وليّ القصاص، بل يعمّ ما إذا كان إكمال ردّ الفاضل عليه فلا يحقّ له القصاص إلاّ بعد ردّ ما عليه من إكمال الفاضل، كما إذا كان القتل باشتراک ثلاثه وأراد الولى قتل اثنين منهم فإنّه لا يجوز له القتل إلاّ بعد ردّ ما عليه من ديه النفس لكلّ من الجانبين نصفها، واللّه العالم.

[1] ذكر قدس سره أنّ الاشتراک فى قتل واحد يتحقّق فى موردين:

أحدهما: إذا فعل كلّ من المتعدّدين فعلاً يقتل الشخص غالباً لو انفرد بأن ضرب كلّ منهما ضربه قاتله.

وثانيهما: ما إذا كان الجرح من المتعدّد وإن يكن فعل كلّ قاتلاً، ولكن قتل

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 59.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 25 من أبواب القصاص فى الطرف، الحديث 1: 140.

الثانيه: يقتصّ من الجماعه فى الأطراف كما يقتصّ فى النفس، فلو اجتمع جماعه على قطع يده أو قلع عينه فله الاقتصاص منهم جميعاً بعد ردّ ما يفضل لكلّ واحد منهم عن جنايته، وله القصاص من أحدهم ويردّ الباقون ديه جنايتهم وتتحقّق الشركه فى ذلک بأن يحصل الاشتراک فى الفعل الواحد، فلو انفرد كلّ واحد بقطع جزء من يده لم يقطع يد أحدهما وكذا لو جعل أحدهما آلته فوق يده والأخر تحت يده واعتمدا حتّى التقتا فلا قطع فى اليد على أحدهما، لأنّ كلاً منهما منفرد بجنايته لم يشاركه الآخر فيها فعليه القصاص فى جنايته حسب[1].

الشَرح:

الشخص بسرايته مع قصد كل منهما قتله. ويتعين أن يلحق بهما مورد ثالث وهو ما إذا كان فعل كلّ أو بعضهم غير الجرح ولم يكن الفعل من كل قاتلاً ومات الشخص بفعل المجموع كما إذا ضربه عشره بالسياط فمات، فإذا كان مجموع السياط الوارده على جسمه قاتله أو قصد كلّ منهما قتله بضربه يتعلّق على كلّ منهم القصاص لاستناد موته إلى الجميع مع قصد كلّ منهم قتله أو قصد الفعل القاتل ولو بضمّ فعله إلى فعل السائرين، وعلى الجمله فالملاک فى اشتراک القتل استناد موته إلى الجميع ولا يعتبر فى ذلک تساوى المشتركين فى عدد جنايتهم ولو جرح أحدهما جرحاً والآخر مائه وسرت الجنايات فمات، يكون على كلّ منهم حقّ القصاص، فإنّ الملاک فى الاشتراک الاستناد عرفاً وفرض اعتبار التساوى فى الجنايات فى موارد الاشتراک فى القتل مع أنّه فرض نادر لم يتعرّض لاعتباره فى الروايات المتقدمه وغيرها، مما دلّ أنّ للولى قتل كلّ من المتعددين المشتركين فى قتل مولاّه كما لم يعتبر فيها وحده الجنايات فى الجنس، كما إذا جرحه أحدهم وضربه الآخر، ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين وحدتها فى الجنس والنوع أو اختلافها، كما لا يخفى.

[1] ذكروا أنّ ما ذكروه فى الاشتراک فى القتل يجرى فى الاشتراک فى الجنايه

....

الشَرح:

على الأطراف فإن كانت الجنايه على الطرف بنحو الاشتراک يتعلّق على كلّ من المشتركين فيها القصاص، فإن اقتصّ الولى من واحد يردّ الباقون على المقتصّ منه الزايد عن ديه جنايته، وإن اقتص الولى من الجميع يرد على كلّ الزايد على ديه جنايه كلّ من المشتركين على غرار ما تقدّم فى مسأله الاشتراک فى القتل، ويدلّ على ذلک صحيحه أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجلين اجتمعا على قطع يد رجل قال: إن أحبّ أن يقطعهما أدّى إليهما ديه يد واحد [فاقتسماها ثم يقطعهما، وإن أحبّ أخذ منهما ديه يد [قال: وإن قطع يد أحدهما ردّ الذى لم تقطع يده على الذى قطعت يده ربع الديه»(1)، ومقتضاها أنّه إذا أراد القصاص من الجميع، فلابدّ من أن يكون القصاص من الجميع بعد ردّ فاضل الديه عليهم، بخلاف ما إذا أراد الاقتصاص عن أحدهم، فإنّه لا يتوقّف القصاص منه على ردّ الباقين فاضل الديه، بمعنى أن لا يحقّ للولى القصاص من أحدهم إلاّ بعد ردّ الباقين الفاضل عن ديه جنايته عليه.

والمشهور ذكروا أنّ الاشتراک فى الجنايه على الطرف يختلف عن الاشتراک فى القتل، فإنّ الملاک فى الاشتراک فى القتل استناد موته إلى المتعدّدين وإن كانت جنايه كلّ منهم غير الجنايه الصادره عن الآخرين كما مرّ، بخلاف الجنايه على الطرف، فإنّ الاشتراک فيها يحصل فيما إذا صدر فعل واحد من المتعدّد بأن كان الفعل الواحد صادراً بنحو الاشتراک فى نفس الفعل المفروض، ولا عبره بوحده الأثر من فعلهما مع كون فعل كلّ منهما غير الفعل الصادر عن الآخر ولو انفرد كلّ منهما بقطع جزء من يده فسقطت يده فلا يقتصّ عن كلّ منهما بقطع اليد بل بمقدار جنايته إذا أمكن وإلاّ ينتقل

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 25 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 140.

الثالثه: لو اشترک فی قتله امرأتان[1] قتلتا به ولا ردّ، إذ لا فاضل لهما عن ديته،

الشَرح:

الأمر إلى مطالبه الديه. ومن هذا القبيل إذا وضع أحدهما سكّينه تحت اليد والآخر فوق يده واعتمد كلّ منهما على سكيّنه فسقطت يده بالتقائهما فلا يقطع يد احدهما لأن كلّ منهما منفرد بفعل لم يشترک فيه الآخر، وإن سقطت يده بفعلهما. نعم لو قطع أحدهما بعض اليد والآخر البعض الآخر من غير أن يتلاقيا ثم سرت الجنايتان فسقطت يده يكون على كلّ منهما القصاص، لأنّ السرايه المفروضه تحسب الفعل الواحد الصادر منهما بنحو الاشتراک فيه.

أقول: التفرقه بما ذكر بين الاشتراک فی القتل والاشتراک فی الجنايه على الطرف مشكل جدّاً بعد استناد انقطاع يده إليهما كانقطاع نفس المقتول إلى المتعدد وإنّ الاطلاق فی صحيحه أبی مريم الأنصارى أی عدم الاستفصال فی الجواب عن اشتراكهما فی قطع اليد بالنحو المعتبر عند المشهور مع أنّه فرض لعلّه نادر ولا أقلّ من تعارف الفرضين يدفع اعتباره، واللّه العالم.

[1] إذا اشترک أمرأتان حرّتان فی رجل، فللولیّ قتل كلّ منهما من غير أن يردّ، لأنّ ديه الرجل تساوى ضعف ديه المرأه فلا فاضل لهما على ديه الرجل. وفی صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأتين قتلتا رجلاً عمداً قال: يقتلان به، ما يختلف فی هذا أحد»(1) وإن كنّ أكثر من امرأتين بأن كنّ ثلاثاً مثلاً فعلى كلّ منهنّ ثلث الجنايه، فإن قتل الولیّ الجميع يردّ على أولياء كلّ منهنّ ثلث ديه المرأه حيث إنّ عليه ديه امرأه واحده فيعطيها إلى أولياء المقتولين أثلاثاً، وإن قتل اثنين تردّ الثالثه ثلث ديه الرجل إليهما بالسويه، لأنّ جنايه كلّ منهنّ الثلث من ديه الرجل المساوى ثلثی ديه المرأه وإن قتل الولى واحداً منهنّ فبما أنّ جنايه كلّ امرأه ثلث ديه الرجل المساوى

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 15: 62.

ولو كنّ أكثر كان للولى قتلهنّ بعد ردّ فاضل ديتهنّ بالسويه إن كنّ متساويات فى الديه وإلاّ كان أكمل لكلّ واحد ديتها بعد وضع أرش جنايتها. ولو اشترک رجل وامرأه[1] [فعلى كلّ واحد منهما نصف وللولى قتلهما، ويختصّ الرجل بالرد، وفى المقنعه يقسم الردّ بينهما أثلاثاً وليس بمعتمد. ولو قتل المرأه فلا ردّ.

الشَرح:

ثلثى ديه المرأه يكون على الباقيتين ثلثان من ديه الرجل المقتول، فيستحقّ أولياء المرأه المقتوله ثلث ديه المرأه حيث كانت جنايتها مساويه لثلثى ديتها فيبقى على الباقيتين نصف ديه الرجل تردّانه على ولى مقتولهما.

ولو قتل رجلان امرأه فلولى المرأه القصاص من كلّ منهما بعد ردّ ثلاثه أرباع ديه الرجل على كلّ من الرجلين أو أوليائهما، لأنّ جنايتهما معاً تساوى نصف ديه الرجل، حيث إنّه ديه المرأه المقتوله، فيكون الفاضل من ديه الرجلين ديه الرجلين ديه نفس ونصفها. فاللازم على الولى الرد على كلّ منهما ثلاثه أرباع ديه النفس.

[1] ولو اشترک رجل وامرأه فى قتل رجل، فلولىّ المقتول أخذ الديه منهما فيكون على كلّ من الرجل الجانى والمرأه الجانيه نصف ديه المقتول كما هو مقتضى اشتراک الاثنين فى القتل، كما أنّ على الولىّ قتل المرأه وفى صوره قتلها فلا ردّ عليها، لأنّ جنايتها تساوى ديتها ويأخذ من الجانى نصف الديه كما أنّ له قتل الرجل وتردّ المرأه على أولياء الرجل الجانى نصف الديه على الرجل الجانى المساوى لجنايتها، ولو قتلهما الولى يردّ نصف الديه على الرجل الجانى وليس لأولياء المرأه الجانيه ردّ، لما تقدم من أنّ جنايتها تساوى ديتها، بخلاف الرجل الجانى فإنّه استوفى منه ضعف جنايته. وعن المفيد قدس سره فى المقنعه أنّه إذا قتلهما الولى يردّ نصف ديه النفس عليهما أثلاثاً، ثلثان منه للرجل، وثلث للمرأه، لأنّ جنايه الرجل تحسب ضعف جنايه المرأه، ولكن لا يخفى لا وجه لهذا الاحتساب بعد استناد القتل إليهما وإلاّ لزم فى صوره

وعلى الرجل نصف الديه، ولو قتل الرجل ردّت المرأه عليه نصف ديته، وقيل نصف ديتها وهو ضعيف[1]. وكل موضع يوجب الردّ فإنّه يكون مقدّماً على الاستيفاء[2].

الشَرح:

مطالبه الولى منهما أن يكون ديه المقتول عليهما أثلاثاً وهو كماترى.

ويدلّ على الحكمين وهما اختصاص الرجل بالردّ وأنّ الديه يكون عليهما بالنصف ما ورد فى صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سئل عن غلام لم يدرک وامرأه قتلا رجلاً خطأً فقال: إن خطأ المرأه والغلام عمد فإن أحب أولياء المقتول أن يقتلوهما قتلوهما ويردّوا على أولياء الغلام خمسه آلاف درهم، وإن أحبّوا أن يقتلوا الغلام قتلوه وترد المرأه على أولياء الغلام ربع الديه، وإن أحب أولياء المقتول أن يقتلوا المرأه قتلوها ويردّ الغلام على أولياء المرأه ربع الديه. وقال: إن أحبّ أولياء المقتول أن يأخذوا الديه كان على الغلام نصف الديه وعلى المرأه نصف الديه(1)».

وهذه الصحيحه وإن تضمّنت لأمور لا يمكن العمل بها إلاّ أنّه لا بأس بدلالتها على الحكمين المزبورين، ولا أقلّ من تأييدهما بها كما لا يخفى.

[1] لا موجب لردّ نصف ديتها بعد كون جنايتها تساوى نصف ديه الرجل، نعم ردّ ربع الديه المساوى لنصف ديتها ورد فى صحيحه أبى بصير المتقدّمه، ولكنّها كما ذكرنا لا تصلح للاعتماد عليها فى هذا الحكم، حيث ورد فيها تساوى الغلام والمرأه فى الردّ ومقداره.

[2] قد تقدم أنّ اعتبار كون الرد مقدّماً على الاستيفاء إنّما هو فيما وجب على الولى ردّ فاضل الديه، وأمّا إذا كان فاضل الديه على باقى الشركاء فى القتل أو على

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 34 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 64.

الرابعه: إذا اشترک عبدٌ وحرٌ فی قتل حرّ عمداً

الرابعه: إذا اشترک عبدٌ وحرٌ في قتل حرّ عمداً، قال فی النهایه: للأولیاء قتلهما یُرد إلی سید العبد ثمنه، أو یقتلوا الحر ویؤدّی سید العبد إلی ورثه المقتول خمسه آلاف درهم، أو یسلّم العبد إلیهم. أو یقتلوا العبد ولیس لمولاه علی الحرّ سبیل[1]. والأشبه أنّ مع قتلهما یردّون إلی الحر نصف الدیه ولا یردّ علی مولی العبد شیء مالم تکن قیمته أزید من نصف دیه الحر فیرد علیه الزاید فإن قتلوا العبد وکانت قیمته زایده عن نصف دیه المقتول أدّوا إلی المولی الزاید، فإن استوعب الدیه وإلاّ کان تمام الدیه لأولیاء الأول. وفی هذا اختلاف للأصحاب وما اخترناه أنسب بالمذهب.

الشَرح:

الشریک الآخر فاعتبار تقدّم الردّ احتماله مدفوع باطلاق الأخبار، بل ما ورد فی بعضها من الردّ علی أولیاء المقتصّ منه یشعر بخلاف الاعتبار.

[1] ذکر فی النهایه فیما إذا اشترک حرّ وعبد فی قتل حرّ أنّ لأولیاء الحرّ المقتول قتل کلّ منهما أو قتل أحدهما، فإن قتلوهما یکون علیهم ثمن العبد یؤدّون إلی سیّده، وإن قتلوا الحرّ فقط یؤدّی مولی العبد إلی ورثه الجانی الحرّ خمسه آلاف درهم أو یسلّم العبد إلیهم، وإن قتلوا العبد فلیس لمولاه علی الحرّ الجانی سبیل، وما ذکره قدس سره فی الفروض الثلاثه لا ینطبق علی شیء من القواعد ولیس له دلیل خاصّ.

وأمّا فی الفرض الأول وهو فرض قتل ولی المقتول کلاً من الجانی الحرّ والعبد فإنّ علی ولیّ المقتول نصف الدیه للجانی الحر ولیس علیه لمولی العبد من قتل العبد شیء إلاّ إذا زادت قیمته علی دیه جنایته یعنی نصف دیه الحر فإن زادت قیمته عنه فلمولاه مقدار تلک الزیاده فقط.

نعم، لو فرض أنّ العبد من قسم النفیس یساوی قیمته بأزید من دیه الحر یکون علی ولی المقتول نصف الدیه، لأنّ دیه العبد کما یأتی لا تزید علی دیه الحر، فمع

....

الشَرح:

زياده قيمته ردّت إلى مقدار الديه، وأمّا إذا قتل أولياء المقتول الحرّ فقط، قيل على مولى العبد دفعه إلى ولىّ الجانى المقتول ليسترقّه فيما إذا كانت قيمته مساويه لنصف ديه الحر أو بمقدار نصف ديته إذا كانت قيمته أكثر من نصف ديه الحر، وإن كانت قيمته أقل من نصف ديه الحر كان باقى نصف الديه على أولياء المقتول ظلماً ولا يبعد أن يقال فى الفرض أنّ على أولياء المقتول ظلماً إذا قتلوا الجانى الحر نصف ديه الحر، كما فى فرض قتلهم كلاً من الجانى الحر والعبد ولهم استرقاق العبد أو بمقدار نصف ديه الحر، لأنّه لا دليل فى فرض اشتراک الحر والعبد فى القتل على رجوع ولىّ الجانى إلى مولى العبد فى فاضل الديه ومقتضى القاعده ضمان النصف على الولى فإنّه اقتصّ من الجانى، وأمّا إذا قتل أولياء المقتول العبد فقط يردّون على مولاه ما زاد على نصف ديه مقتولهم الحر ويكون لهم على الحرّ الجانى نصف ديه مقتولهم وعلى ما قيل يكون ما زاد من قيمه العبد عن مقدار نصف ديه الحر على الجانى الحر ويؤدّى باقى نصف الديه على أولياء المقتول وعلى ما ذكرنا قال الماتن فى الفرض الأول: والأشبه انّ مع قتلهما يؤدّى أولياء المقتول نصف الديه إلى الجانى الحرّ، ولا يردّ على مولى العبد شىء ما لم يكن قيمته أزيد من نصف ديه الحرّ فيردّ عليه الزايد.

وذكرنا أنّ الأظهر بحسب القواعد أنّ ولى المقتول ظلماً إذا قتل الجانى الحر فعليه دفع نصف الديه يؤدّى إلى الجانى الحر قبل قتله، وأما العبد فإن قتله يدفع إلى مولاه الزايد على جنايه العبد كما إذا كانت قيمته أكثر من نصف ديه الحر وإن كان قيمته أقل من نصف ديه الحر المقتول ظلماً فليس له أن يرجع فى الزايد إلى مولاه، لأنّ الشخص لا يجنى أكثر من نفسه وإذا لم يقتله فإنه يجوز له استرقاقه بمقدار نصف ديه مقتوله ويبقى الزايد لمولاه، وإن كانت قيمته أقل من نصف ديه الحر فليس على مولاه

الخامسه: لو اشترک عبد وامرأه فی قتل حرّ

الخامسه: لو اشترک عبد وامرأه فی قتل حرّ فلأولیاء قتلهما ولا ردّ علی المرأه ولا علی العبد إلاّ أن یزید قیمته عن نصف دیه المقتول فیرد علی مولاه الزاید. ولو قتلت المرأه به کان لهم استرقاق العبد إلاّ أن تکون قیمته زایده عن نصف دیه المقتول فیرد علی مولاه ما فضل[1].

وإن قتلوا العبد وقیمته بقدر جنایته أو أقلّ فلا ردّ، وعلی المرأه دیه جنایتها، وإن کانت قیمته أکثر من الدیه ردّت علیه المرأه ما فضل عن قیمته، فإن استوعب دیه الحر وإلاّ کان الفاضل لورثه المقتول أوّلاً.

الشَرح:

شیء لما تقدم من أنّه لا یجنی إلاّ مقدار نفسه.

وعلی الجمله، لا دلیل فی الفرض علی رجوع أولیاء الجانی الحرّ إلی مولی العبد، وما تقدّم من رجوع أولیاء الشریک المقتول إلی شریکه وارد فی الشریک الحر القاتل.

[1] یعلم الحکم فی هذه المسأله مما تقدّم، وحیث إنّ المفروض انّ المرأه شریک العبد فی القتل، فإن أراد ولیّ المقتول ظلماً قتلهما فلا ردّ علی المرأه، لعدم زاید علی جنایتها، وأما العبد فإن کان قیمته أزید من جنایته یردّ الولی علی مولاه الفاضل من قیمته وإن نقص قیمته عن نصف دیه الحر فلیس شیء، وکذا إذا کان قیمه العبد بمقدار نصف الدیه لما تقدم من أنّ الشخص لا یجنی أکثر من نفسه.

وإذا قتل الولی العبد خاصّه وکانت قیمته مساویه لجنایته أو أقل فلا ردّ علی مولاه وعلی المرأه دیه جنایتها تردّها علی ولیّ المقتول ظلماً، وإن کانت قیمه العبد أکثر من جنایتها ردّت المرأه علی مولاه فاضل قیمته فیما لم کانت قیمه مستوعبه لدیّه الحرّ، وإن نقص قیمته عن دیه الحر ردّت المرأه الفاضل من الدیه التی علیها لولیّ المقتول ظلماً، هذا ما ذکره الماتن قدس سره .

ولکن قد ذکرنا أنّ مقتضی القاعده الأوّلیه أنّ الولی إذا قتل العبد وکانت قیمته أکثر

ص :74

....

الشَرح:

من جنايته تكون الزايد على جنايته على ولىّ المقتول ظلماً وكونه على المرأه التى ترک الولى قتلها لم يقم عليه دليل، فيكون للولى أخذ نصف ديه مقتوله منها، وإذا لم يقتل الولى العبد فله استرقاقه بلا فرق بين كون قيمته بمقدار جنايته أو أقل أو أكثر.

نعم، فى صوره زياده قيمته عن جنايته أى نصف ديه الحر فعلى الولىّ ردّ ما فضل عن جنايته على مولاه إن رضى مولاه بذلک وإلاّ يكون العبد مشتركاً بينهما ويحتمل أن يكون له ردّ ما زاد مطلقاً.

ويدلّ على هذا صحيحه ضريس الكناسى قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امرأه وعبد قتلا رجلاً خطأً فقال: إن خطأ المرأه والعبد مثل العمد فإن أحبّ أولياء المقتول أن يقتلوهما قتلوهما فإن كانت قيمه العبد أكثر من خمسه آلاف درهم فليردّوا على سيد العبد ما يفضل بعد الخمسه آلاف درهم وإن أحبّوا أن يقتلوا المرأه ويأخذوا العبد أخذوا إلاّ أن تكون قيمته أكثر من خمسه آلاف درهم فليردّوا على مولى العبد ما يفضل بعد الخمسه آلاف درهم ويأخذوا العبد أو يفتديه سيّده، وإن كانت قيمه العبد أقلّ من خمسه آلاف درهم فليس لهم إلاّ العبد»(1).

وقد تقدّم أنّ ما ورد فى مثل هذه الصحيحه من كون خطأ المرأه والعبد عمد لا يمكن الأخذ به، ولكن لابأس بما ورد فيه من حكم قتل العبد عمداً، وما ورد فيها أيضاً من استرقاق كل العبد إذا كانت قيمته أكثر من جنايته بردّ فاضلها لمولاه مطلقاً وإنّ للمولى أن يفديه لا يخلو عن المناقشه مع عدم توافق الولى مع مولاه حيث إنّ الثابت لولى المقتول ظلماً مع زياده قيمه العبد عن جنايته استرقاقه بمقدار جنايته.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 34 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 64.

....

الشَرح:

وعلى كلّ تقدير فلا دليل على أنّ ردّ الفاضل من جنايه العبد من قيمته على المرأه التى ترک قتلها كما أشرنا إليه فيما تقدّم.

بقى فى المقام مسأله يعلم بها الحكم فى فروض الاشتراک فى القتل مع عدم تساوى المشتركين فى الديه، وهى ما إذا اشترک رجل، وخنثى فى قتل رجل أو امرأه حرّه وبما أنّ الخنثى يكون ديتها نصف ديه الرجل ونصف ديه المرأه وبتعبير آخر تحسب الخنثى فى نصف ديتها رجلاً وفى نصفها الآخر امرآةً فلو قتل الرجل والخنثى رجلاً يكون للولىّ قتلهما، فإن قتلهما يردّ على الرجل نصف ديته وعلى الخنثى ربع ديه النفس، لأنّ ديه الخنثى ثلاثه أرباع ديه النفس نصف ديه نفس الرجل ونصف ديه المرأه وجنايتها تساوى نصف ديه النفس فيكون الفاضل نصف ديه المرأه المساوى لربع ديه النفس.

ولو قتل الرجل والخنثى امرأه حرّه فلولىّ المقتول قتلهما فيردّ على الرجل نصف ديته وربع ديته، لأنّ جنايته مساويه لنصف ديه المرأه فيكون له ثلاثه أرباع الديه، ويردّ على الخنثى نصف ديه النفس، لأنّ جنايتها تساوى نصف ديه المرأه فيبقى لها نصف ديه النفس فقط.

ومما ذكر يظهر أنّه لو اشترک امرأه وخنثى فى قتل رجل وقتلهما الولىّ لا يكون للمرأه فاضل لأنّ جنايتها تساوى ديتها ويكون على الولى ردّ ربع الديه على الخنثى، لأنّ ديتها ثلاثه أرباع الديه وجنايتها تساوى نصف الديه.

ولو اشترک امرأه وخنثى فى قتل امرأه فقتلهما الولى يكون على الولى ردّ نصف ديه المرأه على المرأه الجانيه، لأنّ جنايتها تساوى نصف ديه المرأه ويكون على الولى

....

الشَرح:

أيضاً نصف ديه يردّه على الخنثى، لأنّ جنايتها تساوى نصف ديه المرأه المساوى لربع الديه، فيبقى لها من دينه نصف الديه، حيث إنّ ديتها مساويه لثلاثه أرباع الديه فذهب إحداها بجنايتها. ويعلم مما ذكرنا الحال فى بقيه الفروض.

ص :77

الفصل الثانى: فى الشروط المعتبره فى القصاص

الأول: التساوى فى الحريه او الرّق

وهى خمسه

الأول: التساوى فى الحريه او الرّق فيقتل الحرّ بالحر وبالحرّه مع ردّ فاضل ديته والحرّه بالحرّه وبالحرّ ولا يؤخذ ما فضل على الأشهر[1].

الشَرح:

[1] المراد أنّ الحرّ لا يقتل بقتله العبد أو الأمه، بل يقتل بقتله الحرّ والحرّه. نعم إذا قتل بالحرّه يجب على أولياء الحرّه ردّ فاضل ديته وهو نصف ديه النفس.

ويشهد لذلک مع التسالم بين الأصحاب على الحكم صحيحه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام قال: «إن قتل رجل امرأه وأراد أهل المرأه أن يقتلوه أدّوا نصف الديه إلى أهل الرجل»(1)، وفى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يقتل المرأه قال: إن شاء أوليائها قتلوه وغرموا خمسه آلاف درهم لأولياء المقتول، وإن شاؤوا أخذوا خمسه آلاف درهم من القاتل»(2). وفى موثقه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام قال: «قلت له: رجل قتل امرأه فقال: إن أراد أهل المرأه أن يقتلوه أدّوا نصف ديّته وقتلوه وإلاّ قبلوا الديه»(3)، إلى غير ذلک.

ولو لم يتمكّن أولياء الحرّه المقتوله من ردّ الفاضل، أو أرادوا أخذ ديه الحرّه من الحرّ القاتل كان ذلک جايزاً لهم، كما هو ظاهر صحيحه محمد بن قيس، ولكن ليس للحرّ القاتل إلزامهم بأخذ الديه والامتناع عن أخذ فاضل ديته. وعلى الجمله فلأولياء

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 6: 60.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 12: 61.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 7: 60.

....

الشَرح:

الحرّه المقتوله إلزام الحر القاتل بإعطاء نصف الديه وليس له إلزام أولياء المقتول بأخذ الديه وترک القصاص.

وفی معتبره أبی العباس وغيره عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «إن قتل رجل امرأه خيّر أولياء المرأه إن شاؤوا إن يقتلوا الرجل ويغرموا نصف الديه لورثته وإن شاؤوا أن يأخذوا نصف الديه»(1).

فما فی الجواهر(2) من المناقشه فی فرض امتناع الولیّ عن إعطاء فاضل الديه أو لفقره فی إلزام القاتل بإعطاء ديه المقتوله، لا وجه له، كما لا وجه للاستدلال على جواز إلزامه بالتمسّک بهدر دم المقتوله بدونه حتى يجاب بأنّه ليس فی عدم جواز الإلزام طلّ الدم إلى هدره.

وذكرنا سابقاً أنّ للقاتل الجانی مطالبه الأولياء بفاضل ديته قبل القصاص فلا يجوز لهم قتل الجانی قبل إعطاء نصف الديه. وفی صحيحه الحلبی عن أبی عبداللّه عليه السلام قال: «فی الرجل يقتل المرأه متعمّداً فأراد أهل المرأه أن يقتلوه قال: ذلک لهم إذا أدّوا إلى أهله نصف الديه»(3) وظاهر القضيه الشرطيه فعليّه الجزاء يعنى حقّ القصاص بفعليّه الشرط وهو أداء نصف الديه وما فی موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام «أنّ رجلاً قتل امرأه فلم يجعل على عليه السلام بينهما قصاصاً وألزمه الديه»(4)، محمول على صوره الامتناع عن ردّ فاضل الديه أو عدم التمكّن من ردّه.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 9: 61.
2- (2) جواهر الكلام: ج 42، ص 82.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 3: 59.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحديث 16: 62.

....

الشَرح:

وكذلک يقتل الحرّ بقتله الحرّه والحرّ، وإذا قتلت الحرّه الحرّ لا يؤخذ منها فاضل ديه الرجل على المشهور، بل ادّعى عدم الخلاف فى ذلک ولا ينافيه تعبير الماتن بالأشهر، حيث يمكن أن يكون التعبير به للروايه لا للفتوى بالخلاف، والروايه هى صحيحه أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السلام قال فى امرأه قتلت رجلاً قال: تقتل ويؤدّى وليّها بقيه المال»، وفى روايه محمد بن على بن محبوب «بقيه الديه»(1).

وهذه الروايه مخالفه للروايات الأخرى الدالّه على أنّ جنايه الشخص لا تزيد على نفسه، وفى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام . . . إلى أن قال: فى امرأه قتلت زوجها متعمّده قال: إن شاء أهله أن يقتلوها قتلوها وليس يجنى أحد أكثر من جنايته على نفسه»(2).

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «وإن قتلت المرأه الرجل قتلت به ليس لهم إلا نفسها»(3)، وفى خبر أبى بصير قال:«سألت أبا عبداللّه عليه السلام . . . إلى إن قال: وسألته عن امرأه قتلت رجلاً، قال: «تقتل ولا يغرم أهلها شيئاً»(4).

وفى روايه هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى المرأه تقتل الرجل ما عليها قال: لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه»(5)، إلى غير ذلک.

ولو فرضت المعارضه بين هذه الرويات والصحيحه الدالّه على أخذ بقيه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 17: 62.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 59.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 59.

4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 60.
5- (5) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 10: 61.

....

الشَرح:

دیه الرجل تطرح الصحیحه لموافقه الطائفه النافیه لإطلاق الکتاب المجید، قال اللّه سبحانه «وکتبنا علیهم فیها أنّ النفس بالنفس والعین بالعین»الآیه(1).

وفی صحیحه زراره عن أحدهما علیه السلام «فی قول اللّه عز وجل «النفس بالنفس والعین بالعین والأنف بالأنف» الآیه، قال: هی محکمه»(2).

وعلی الجمله، ما حکی عن الراوندی من حمل الصحیحه الداله علی أخذ باقی دیه الرجل المقتول زایداً علی قتل قاتلته علی صوره یسار المرأه القاتله، وهذه الروایات النافیه غیر قتلها علی صوره إعسارها، جمع تبرّعی، بل قوله علیه السلام «لیس یجنی أحد أکثر من جنایته علی نفسه» الوارد فی السؤال عن قتل المرأه زوجها متعمده آب عن الحمل علی صوره إعسارها، فالترجیح مع الروایات النافیه.

وما ذکر القمّی قدس سره فی تفسیره فی ذیل الآیه «وکتبنا علیهم فیها أنّ النفس بالنفس والعین بالعین والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسن والجروح «قصاص»» من أنّها منسوخه بقوله سبحانه: «کتب علیکم القصاص فی القتلی الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد والأنثی بالأنثی» وقوله: «الجروح قصاص» لم تنسخ، لا یمکن المساعده علیه، فإنّ الآیه محکمه کما فی صحیحه زراره، غایه الأمر ورد علی إطلاقها بعض التقیید کما فی سایر المطلقات، بل ذکرنا فی بحث الأصول أنّ المراد ببعض الروایات الوارده فی نسخ الکتاب ورود المخصّص أو التقیید علی عموم الآیه وإطلاقها بل الأمر فی «الجروح قصاص» أیضاً کذلک.

1- (1) سوره المائده: الآیه 45.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 11: 61.

ويقتصّ للمرأه من الرجل فى الأطراف من غير ردّ، ويتساوى ديتهما ما لم تبلغ ثلث ديه الحرّ ثم يرجع إلى النصف فيقتصّ لها منه مع ردّ التفاوت[1].

الشَرح:

ومن هذا القبيل ما نقل فى رساله المحكم والمتشابه عن تفسير العمانى بالاسناد إلى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ قوله سبحانه: «يا أيّها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرّ بالحرّ» الآيه، نسخت ما فيها هذه الآيه «وكتبنا عليهم فيها انّ النفس بالنفس» وإلاّ فقد تقدّم ما فى صحيحه زراره أنها محكمه.

[1] لا خلاف فى أنّ المرأه يقتصّ لها من الرجل فى الجنايه على طرفها، كما يقتص للرجل من المرأه فى الجنايه على طرفه، كما لا خلاف فى أنّ المرأه إذا اقتصّ للرجل منها فلا يؤخذ منها شىء كما إذا قطعت المرأه يد رجل فاقتصّ من المرأه بقطع يدها فلا يؤخذ منها شىء وإن كان ديه يد الرجل ضعف ديه يد المرأه.

ويدلّ على ذلک صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل فقأ عين امرأه فقال: إن شاؤوا أن فقؤا عينه ويؤدّوا إليه ربع الديه وإن شائت أن تأخذ ربع الديه. وقال فى امرأه فقأت عين رجل أنّه: إن شاء فقأ عينها والاّ أخذ ديه عينه»(1).

وهذا بخلاف ما إذا كان الجانى رجلاً والمجنى عليها امرأه، فإنّ ديه الرجل والمرأه فى الأطراف متساويه إلى حدّ الثلث، وإذا اقتصّ للمرأه من الرجل قبل بلوغ الثلث لم يكن فى البين ردّ على الرجل الجانى، وإذا تجاوز الثلث أو بلغه يقتصّ للمرأه من الرجل مع ردّ نصف ديه الطرف على الرجل حيث يكون ديه الرجل بعد بلوغ الثلث أو تجاوزه ضعف ديه طرف المرأه وديه المرأه نصف ديه الرجل مثلاً إذا قطع الرجل اصبعاً من المرأه فلها القصاص من الرجل بقطع اصبعه من غير ردّ، وكذا فى قطعه اصبعين من المرأه أو الثلاث من أصابعها، وأمّا إذا قطع أربعاً من أصابعها فللمرأه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 2 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 124.

....

الشَرح:

أن تقتصّ من الرجل وتقطع أربعه أصابعه، ولكن عليها ردّ نصف ديه أصابعه الأربعه عليه.

ويدلّ على الردّ مثل ما ورد فى صدر صحيحه الحلبى المتقدّمه، وعلى التساوى فى الديه ما لم يبلغ ثلث ديه الحرّ الصحيحه الأخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جراحات الرجال والنساء سواء سنّ المرأه بسنّ الرجل وموضحه المرأه بموضحه الرجل وإصبع المرأه بإصبع الرجل حتى تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعّفت ديه الرجل على ديه المرأه»(1)، وفى صحيحه جميل بن درّاج قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المرأه بينها وبين الرجل قصاص قال: نعم فى الجراحات حتّى تبلغ الثلث سواء، فإذا بلغت الثلث سواء ارتفع الرجل وسفلت المرأه»(2).

وفى صحيحه الحلبى الأخرى قال: «سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن جراحات الرجال والنساء فى الديات والقصاص السنّ بالسنّ والشجّه بالشجّه والاصبع بالاصبع سواء حتى تبلغ الجراحات ثلث الديه فإذا جازت الثلث صيّرت ديه الرجال فى الجراحات ثلثى وديه النساء ثلث الديه»(3).

بقى فى المقام أمور:

الأول: أنّه قد ورد فى معتبره عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام قال: «ليس بين الرجل والنساء قصاص إلاّ فى النفس»(4) ولا عامل بظاهرها

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 2 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 124.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 123.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 6: 123.

4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 7: 124.

....

الشَرح:

من الأصحاب، ومع الغمض عن ذلک فهی معارضه بالأخبار المتقدّمه لإطلاق الکتاب المجید الدالّه علی ثبوت القصاص فی الأطراف العین بالعین والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسنّ والجروح قصاص، وحملها علی تساوی القصاص بینهما بمعنی عدم الاقتصاص للمرأه من الرجل من دون ردّ غیر ممکن لأنّ استثناء النفس عن ذلک یکون بلا معنی.

الثانی: قیل إنّ ظاهر بعض الروایات أنّ تساوی المرأه مع الرجل فی دیه الطرف یرتفع بتجاوز الدیه ثلث دیه الحرّ، وظاهر بعضها الأخری ارتفاعه بمجرّد بلوغها ثلث دیته فیجب علی المرأه الرّد بمجرّد بلوغها الثلث ولا یعتبر تجاوزها عنه.

ویقال بعد تعارض الأخبار المتقدّمه فی هذه الجهه یرجع فیما بلغ مقدار الثلث ولم یتجاوز عنه بعموم ما دلّ علی أنّ دیه المرأه نصف دیه الرجل، کما فی صحیحه عبداللّه بن مسکان عن أبی عبداللّه علیه السلام فی حدیث «دیه المرأه نصف دیه الرجل»(1)، فیجب ردّ نصف الدیه علی الجانی إذا اقتصّ للمرأه منه وإن أخذت الدیه منه فلها نصف دیه الرجل.

أقول: الأخبار علی أنّ دیه المرأه نصف دیه الرجل وارده فی دیه النفس، وأمّا فی دیه الأطراف والجراحات فلم یرد فیها اطلاق بحیث یمکن التمسّک به، ولو قیل بأنّ ما ورد فی الروایات ما ظاهره تضعیف دیه الرجل بعد تجاوز ثلث الدیه کلّها بفاء التفریع علی الجمله الشرطیه السابقه لا أنّها جمله شرطیه مستقله فی مقابل الشرطیه قبلها وأنّ الغایه فی الشرطیه قبلها خارجه عن الحکم المغیّی بها ولو بقرینه مثل صحیحه الحلبی

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحدیث 1: 151.

....

الشَرح:

الوارد فيها: «جراحات الرجال والنساء سواء . . . حتّى تبلغ الجراحه ثلث الديه»(1)، فإذا بلغت ثلث الديه ضعّفت، ونحوها ما فى صحيحه جميل بن دراج(2) فلا يكون اعتبار بما ورد فى الشرطيه الثانيه من ذكر عنوان تجاوز الثلث حيث لا يعتبر المفهوم إلاّ من الشرطيه الأولى فيكون الشرطيه الثانيه المذكوره بفاء التفريع من التصريح ببعض مفهوم الشرطيه الأوّلى كما فى نظايرها.

الثالث: هل يجوز للمرأه فى مورد لزوم ردّ نصف ديه العضو أن تقتصر ببعض الاقتصاص من الرجل حتى لا يجب عليها ردّ الديه كما إذا قطع الرجل أربعه أصابع من المرأه فأرادت أن يقطع اصبعى الرجل حتى لا يكون عليها ردّ نصف الديه، فقد يقال بالجواز تمسكّاً بما دلّ على أنّ الجنايه على المرأه فيما تجاوز ثلث الديه ترجع إلى النصف فيجوز لها القصاص من الجنايه عليها بالنصف بقطع اصبعى الرجل ولأنّه إذا جاز لها قطع أربعه أصابع من الرجل الجانى جاز قطع اصبعيه قصاصاً من بعض جنايته وعدم الردّ عليه يحسب أخذها الديه من جنايه عليها فى قطع اصبعيها الثالث والرابع.

ولكن الأظهر عدم جواز ذلک بحيث يكون لها الحقّ من غير تراض بينهما، وذلک فإنّه لا دليل على التبعيض فى جنايه واحده، ومقتضى الأدله أنّ لها قطع الأربع وردّ العشرين أو أخذ الديه على أصابعها يعنى العشرين، فجواز قطع الاثنين إنّما هو فى ضمن جواز قطع الأربع، ولأنّ ديه مجموع أصابعها الأربع، عشرون، لا أنّ ديه كلّ من أصابعها خمس من الإبل ليكون قطع الاثنين من أصابع الرجل وعدم الردّ من

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 122.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 3: 122.

ويقتل العبد بالعبد وبالأمه والأمه بالامه وبالعبد[1].

الشَرح:

القصاص وأخذ الديه على الاصبعين الثالث والرابع. ومما ذكر يظهر الحال فى أنّه ليس لها قطع الثلاث من أصابع الرجل والردّ عليه بخمسه من الإبل.

ثمّ إنّه قد ذكر فى الجواهر(1) أنّ جواز قطع الأربع من أصابع الرجل مع ردّ العشرين عليه فيما إذا كان قطع الأربع بضربه واحده، وأمّا لو كان بضربات أربع فلها الاقتصاص من الرجل من دون الردّ عليه كما صرّح بذلک جماعه، وكذا فيما كان بضربتين وقد قطع فى كلّ ضربه اصبعين من أصابع المرأه، فإنّ لها فى الفرض قطع الأربع من أصابعه من غير ردّ فإنّ فى كلّ ضربه قد قطع الرجل اصبعاً أو اصبعين من أصابع المرأه فلها القصاص من كلّ من الاصبع أو الاصبعين أو أخذ الديه على كلّ منها والمفروض تساوى ديه الرجل والمرأه فى كلّ من الجنايات ولا دليل فى الفرض على سقوط جنايه بسبق جنايه أخرى.

[1] لا خلاف فى أنّ العبد يقتل بقتله العبد أو الأمه عمداً وكذلک تقتل الأمه بقتلهما العبد والأمه، ويدلّ عليه الكتاب المجيد «النفس بالنفس»(2)، «والعبد بالعبد»(3).

ثمّ إذا كان القاتل والمقتول مملوكين لمالک واحد يجوز للمالک القصاص من عبده أو أمته بلا فرق بين تساوى قيمتهما أو اختلافهما ويقتضيه الاطلاق المشار إليه، وفى موثّقه اسحاق بن عمار قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل له مملوكان قتل أحدهما صاحبه أله أن يقيده به دون السلطان إن أحبّ ذلک؟ قال: هو ماله يفعل به ما

1- (1) جواهر الكلام: ج 42، ص 90.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.
3- (3) سوره البقره: الآيه 178.

ولا يقتل حرّ بعبد ولا أمه[1]، وقيل إن اعتاد قتل العبيد قتل حسماً للجرأه.

الشَرح:

شاء إن قتل وإن شاء عفا»(1).

وأمّا إذا كان مالک أحدهما غير مالک الآخر وكانت قيمه القاتل زايده على قيمه المقتول فقد ذكر العلاّمه فى القواعد وتبعه غيره أنّه يردّ على مولى الجانى القاتل فاضل قيمته، لأنّ القيمه فى المملوک بمنزله الديه فى غيره.

ولكن لا يخفى أنّ الردّ يحتاج إلى قيام دليل عليه ومقتضى الاطلاق المشار إليها جواز الاقتصاص من غير لزوم شىء. نعم إذا أراد مولى المقتول استرقاق القاتل فليس له منه إلاّ مقدار ماليّه مقتوله، وهذا لقيام الدليل عليه كما يأتى.

[1] بلا خلاف ظاهر أو منقول من أصحابنا، وإن حكى عن بعض مخالفينا أنّه لا يقتل إذا قتل عبده، وأمّا إذا قتل عبد غيره فيقتل.

ويدلّ على الحكم المزبور عدّه من الروايات:

منها: صحيحه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام قال: «قلت له: قول اللّه عز وجلّ «كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد ولأنثى بالأنثى» قال: لا يقتل حرّ بعبد ولكن ضرب ضرباً شديداً ويغرم ثمنه ديه العبد»(2).

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا يقتل الحرّ بالعبد وإذا قتل الحرّ العبد غرّم ثمنه وضرب ضرباً شديداً»(3)، إلى غير ذلک مما يعمّ قتل غيره. نعم ذكر الشيخ فى التهذيبين وجماعه أنّ الحرّ إذا اعتاد قتل العبيد قتل حسماً للجرأه على القتل

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 44 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 76.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 71.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 71.

....

الشَرح:

وتمانعاً عن الفساد، وكأنّ هذا لا يكون من القصاص.

ويستدلّ على ذلک بروايه الفتح الجرجانى عن أبى الحسن عليه السلام «فى رجل قتل مملوكه أو مملوكته قال: إن كان المملوک له أدّب وحبس إلاّ أن يكون معروفاً بقتل المماليک فيقتل به»(1)، ورواه فى الوسائل عن أبى الفتح الجرجانى وهو سهو.

وفى روايه يونس عنهم عليهم السلام قال: «سئل عن رجل قتل مملوكه قال: إن كان غير معروف بالقتل ضرب ضرباً شديداً وأخذ منه قيمه العبد ويدفع إلى بيت مال المسلمين، وإن كان متعوّداً للقتل به»(2)، ولا يبعد اعتبار الروايه سنداً.

وفى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «أنّ عليّاً عليه السلام قتل حرّاً بعبده قتله عمداً(3)، حيث حملوه على صوره الاعتياد، لأنّها حكايه قضيه فى واقعه.

ولكن لا يبعد الالتزام بأنّه إذا قتل مملوكه وكان معروفاً بقتل مماليكه يقتل كما هو ظاهر روايه يونس التى ذكرنا عدم البعد فى اعتبارها سنداً، لأنّ اسماعيل بن مرار الراوى عنه من المعاريف الذين لم يرد فيهم قدح، ويونس بن عبدالرحمن يمكن أن يروى عن الكاظم والرضا عليهماالسلام ويسند ما سمع عن أحدهما أو عن كليهما إلى جمعهم عليهم السلام فلا وجه لما حكى عن الشهيد من الخدشه فيها بالإرسال.

ولكن هذا فيما إذا قتل مملوكه أو مملوكته بأن كان متعوّداً على قتل عبيده أو إمائه، وأمّا إذا كان متعوّداً لقتل مملوک الغير فتسريه الحكم إليه مشكل ولا يبعد فى الأخذ فيه بالاطلاق بأنّ الحرّ لا يقتل بالعبد ولكن يضرب ضرباً شديداً ويغرم ثمنه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 38 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 69.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 38 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 69.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 9: 72.

ولو قتل المولى عبده كفّر[1] وعزّر ولم يقتل به.

الشَرح:

ويؤيّد ذلک التقييد فى روايه الفتح بن يزيد الجرجانى بقوله «إن كان المملوک له».

وعلى الجمله لا يقتل الحر بالعبد والتعوّد على قتل العبيد ولو كانوا للغير وإن كان فساداً وجرأه إلاّ أنّ مطلق الفساد لا يوجب جواز القتل ما لم يدخل فى عنوان المحارب.

نعم، فى موثقه زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام قال: «ليس بين الرجال والنساء قصاص إلاّ فى النفس ولا بين الأحرار والمماليک قصاص إلاّ فى النفس، وليس بين الصبيان قصاص فى شىء إلاّ فى النفس»(1)، ولكنّ مفادها لا يمكن الأخذ به فى شىء من الفقرات الثلاث، ضروره عدم القصاص بين الصبيان حتى فى النفس، فإن قتل الصبى يحسب خطأ محضاً تحمّل الديه على عاقلته وبين الرجال والنساء قصاص فى النفس وغيرها وليس بين العبيد والأحرار قصاص، كما تقدّم.

وأمّا معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام «ليس بين العبيد والأحرار قصاص فيما دون النفس وليس بين اليهودى والنصرانى والمجوسى قصاص إلاّ فى النفس»(2)، فيمكن الأخذ بما ورد فى صدورها وغايه مفادها ثبوت القصاص بين الحرّ والعبد بنحو الموجبه الجزئيه أو بنحو القضيه المهمله فيحمل على صوره تعوّد المولى على قتل عبيده، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] المراد كفاره الجمع كما يشهد عليه صحيحه زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يقتل عبده متعمّداً أىّ شىء عليه من الكفاره؟ قال: عتق رقبه وصيام شهرين

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 22 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 139.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 22 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 139.

....

الشَرح:

متتابعين وصدقه على ستين مسكيناً»(1). وموثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن رجل قتل مملوكاً له، قال: يعتق رقبه ويصوم شهرين متتابعين ويتوب إلى اللّه(2). وفى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من قتل عبده متعمّداً فعليه أن يعتق رقبه وأن يطعم ستين مسكيناً وأن يصوم شهرين»(3).

وبذلک يرفع اليد عن الاطلاق فى حسنه عمران عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يقتل مملوكاً له قال: يعتق رقبه ويصوم شهرين متتابعين ويتوب إلى اللّه عز وجل»(4) بتقييده بإطعام ستين مسكيناً بقرينه ما تقدّم.

وما فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الرجل يقتل مملوكه متعمّداً قال: يعجبنى أن يعتق رقبه ويصوم شهرين متتابعين ويطعم ستين مسكيناً ثمّ تكون التوبه بعد ذلک»(5) من التعبير بقوله عليه السلام «يعجبنى» لا ينافى كونه واجباً.

وأمّا أنّه لا يقتل، فيدلّ عليه مضافاً إلى إطلاق ما تقدّم من أنّه لا يقتل الحرّ بالعبد معتبره يونس (6) ومعتبره السكونى (7)، حيث ورد فى الأوّلى أنّه إذا كان المولى معروفاً بقتل العبيد يقتل، وإلاّ يضرب ضرباً شديداً على ما تقدّم، وورد فى الثانيه على ما رواه فى الفقيه أنّ علياً عليه السلام رفع إليه رجل عذّب عبده حتّى مات فضربه مأه نكالاً وحبسه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 37 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 6: 68.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 37 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 68.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 37 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 67.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 37 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 67.

5- (5) الوسائل: ج 19، الباب 37 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 67.
6- (6) الوسائل: ج 19، الباب 38 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 69.
7- (7) الوسائل: ج 29، الباب 37، الحديث 35230: 37.

....

الشَرح:

وغرّمه قيمه العبد فتصدّق بها عنه، وبما أنّه ورد فى هذه المتبره الضرب بمائه وحبسه فقد حدّد فى بعض الكلمات من أصحابنا الضرب بمائه جلده ضرباً شديداً وحبسه وأخذ قيمه العبد والتصدّق بها أو إرجاع القيمه إلى بيت المال، حيث إنّ إرجاعها إلى بيت المال وارد فى صحيحه يونس والتصدّق بها فى المعتبره، ومقتضى الجمع بينهما برفع اليد عن إطلاق كلّ منهما فى التعيّن بصراحه الأخرى فى جواز ما ورد وتكون النتيجه هو التخيير.

ولكن يمكن أن يقال ما ورد فى المعتبره حكايه فعل فلا تدلّ إلاّ على مشروعيه الضرب بالمائه وحبس مولى القاتل لا على وجوبهما حتى يرفع اليد بها عن إطلاق صحيحه يونس وغيرها من ذكر التعزير بالضرب الشديد وعدم ذكر الحبس بخلاف التغريم فإنّه وارد فى الصحيحه والمعتبره فيلتزم أنّه حكم شرعى مترتّب على قتل المولى عبده لا أنّه داخل فى التعزير ليكون اختياره بيد الحاكم ونظره كالحبس.

وبتعبير آخر التغريم الوارد فيها نظير التغريم الوارد فيمن قتل العبد، حيث ذكر فى بعض تلك الروايات فى مقام التأديب والتعزير نظير موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال: يقتل العبد بالحر ولا يقتل الحرّ بالعبد ولكن يغرم ثمنه ويضرب ضرباً شديداً حتّى لا يعود»(1).

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قتل الحرّ العبد غرّم قيمته وأدّب. قيل: فإن كانت قيمته عشرين ألف درهم قال: لا يجاوز بقيمه ديه الأحرار»(2)، فإنّ قوله «حتّى لا يعود» تعليل راجع إلى ضربه.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 71.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 71.

وقيل يغرم قيمته ويتصدّق بها، وفي المستند ضعف[1] وفى بعض الروايات ان اعتاد ذلک قتل به، ولو قتل عبداً لغيره عمداً اغرم قيمته يوم قتله[2].

الشَرح:

[1] قد تقدّم عدم ضعف فى مستنده وأنّ التصدّق به تخيير بينه وبين إرجاع القيمه إلى بيت مال المسلمين وأنّ ما فى الروايتين من أنّ المولى إذا تعوّد على قتل مملوكه وعبده يقتل، يتعيّن الأخذ به ويتعدّي إلى ما إذا تعوّد بقتل مملوكه لعدم احتمال الاختصاص بالعبد خصوصاً بملاحظه ورود المملوكه فى روايه الفتح بن يزيد.

[2] إذا قتل الحرّ عبداً لغيره عمداً ضمن قيمه العبد يوم قتله وعزّر بضرب شديد وكأنه لا خلاف فى الحكم.

ويشهد له صحيحه أبى بصير عن أحدهما عليه السلام قال: «قلت له: قول اللّه عز وجلّ: «كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى» قال: لا يقتل حرّ بعبد ولكن يضرب ضرباً شديداً ويغرم ثمنه ديه العبد»(1)، نحوها غيرها.

وإذا قتل الحرّ الأمه عمداً فالحكم أيضاً كذلک لا يقتل الحرّ بالأمه ويكون عليه قيمتها يوم قتلها فإنّ الروايات وإن كانت وارده فى قتل الحرّ العبد والمملوک إلاّ أنّ المتفاهم منها عرفاً عدم الفرق بين قتل الحر العبد أو الأمه فى أنّه لا قصاص على الحرّ بقتله العبد أو الأمه فلا قصاص على الحرّه بل يكون عليها قيمه العبد والأمه يوم القتل لمولاهما، حيث إنّ اليوم المزبور يوم اشتغال الذمّه بالديه التى هى قيمه العبد أو الأمه، ويدلّ عليه روايه أبى الورد(2) ولضعف سندها صالحه للتأييد.

والأمر فى قتل الحرّ العبد أو الأمه وفى قتل الحرّه العبد والأمه خطأً أيضاً كذلک، يعنى يكون ديه المقتول قيمته كان عبداً أو أمه، والفرق بينهما أنّ فى صوره القتل عمداً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 71.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 7 من أبواب ديات النفس، الحديث 4: 18.

ولا يتجاوز بها ديه الحرّ ولا بقيمه المملوكه ديه الحرّه[1] ولو كان ذمّياً لذمى الشَرح: تكون الديه على القاتل، وفى صوره الخطأ على عاقلته، على ما يأتى. نعم يختصّ التعزير بالضرب الشديد بصوره القتل عمداً كما هو ظاهر.

[1] بلا خلاف يعتدّ به. ويدلّ على ذلک صحيحه الحلبى المتقدمه عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها «إذا قتل الحرّ العبد غرم قيمته وأدّب، قيل: فإن كانت قيمته عشرين ألف درهم قال: «لا يتجاوز بقيمه عبد ديه الأحرار»(1).

وفى صحيحه عبداللّه بن مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه العبد قيمته، فإن كان نفسياً فأفضل قيمته عشره آلاف درهم، ولا يتجاوز به ديه الحرّ»(2).

وعلى ذلک فإن كان المقتول أمه فديّتها قيمتها، وإذا زادت قيمتها على ديه الحرّه لا تكون ديتها أكثر من ديه الحرّه. وديه الحرّه نصف ديه الحرّ على ما دلّت عليه الروايات، كصحيحه عبداللّه بن مسكان، حيث ورد فيها «ديه المرأه نصف ديه الرجل»(3). وصحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فى الرجل يقتل المرأه قال: «إن شاء أوليائها قتلوه وغرموا خمسه آلاف درهم لأولياء المقتول وإن شاؤوا أخذوا خمسه آلاف درهم من القاتل»(4)، وغير ذلک مما ورد فى ديه الحرّه.

بقى فى المقام أمر وهو أنّ ما تقدّم من الروايات الدالّه على أنّ ديه العبد قيمته وأنّ قيمته إذا تجاوزت ديه الحرّ تكون ديته بمقدار ديه الحرّ ناظر إلى ضمان القاتل من جهه القتل وإذا كان الموجب لضمانه القيمه أمراً آخر فالقاتل يضمن تمام قيمته وإن زادت

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب ديات النفس، الحديث 4: 18.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 6 من أبواب ديات النفس، الحديث 2: 152.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث 1: 151.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث 4: 151.

لم يتجاوز بقيمه الذكر ديه مولاه ولا بقيمه الانثى ديه الذميه[1].

الشَرح:

ديه الحرّ كما إذا غصب عبد الغير ثمّ قتله وكانت قيمته أكثر من ديه الحرّ فالقاتل يضمن تمام قيمته لأنّ ضمانه تمامها ليس بالقتل بل للغصب، ولو مات العبد المغصوب فى يد الغاصب كان على الغاصب تمام قيمته فكيف إذا قتله بعد الغصب فإنّ القتل لا يسقط من ضمانه.

[1] ديه الذمّى الحرّ ثمانمائه درهم والذمّيه الحره ديّتها نصفها لما دلّ على أنّ ديه المرأه نصف ديه الذكر وعلى ذلک لو قتل المسلم العبد الذمّى الذى كان لذمّى يكون ديه العبد المزبور قيمته، وإذا تجاوزت قيمته ديه الذمّى الحرّ المفروض كون مولاه كذلک يكون على المسلم ثمانمائه درهم كما أنّه إذا قتل المسلم الأمه الذمّيه يكون عليه أربعمائه درهم ديه الحره الذمّيه، فإنّ ديه الأمه الذمّيه لا تتجاوز ديه الذمّيه الحرّه، ومقتضى ما ذكر عدم الفرق بين أن يكون العبد الذمّى لذمّى والأمه الذمّيه للحرّ الذمّى أو للحرّه الذمّيه أو كان العبد والأمه الذميين للمولى المسلم أو المسلمه.

ولكن ظاهر كلام جمله من الأصحاب والمصرّح به فى كلام بعضهم كالعلاّمه وغيره أنّ العبد الذمّى إذا كان لمسلم فديته قيمته ما لم يتجاوز ديه الحرّ المسلم وديه الأمه الذمّيه ما لم يتجاوز ديه المسلمه الحرّه.

ويستدلّ على ذلک بما أرسله فى الإيضاح (انّ العبد لا يتجاوز بقيمته ديه مولاه) وظاهر كلام الماتن أيضاً الالتزام بذلک حيث قيّد كون العبد الذمى المقتول بكون مولاه ذمّياً والأمه الذمّيه المقتوله بكون مولاتها ذمّيه فإنّه بناءً على ما ذكرنا أنّ ديه العبد الذمّى لا يتجاوز عن ديه الحرّ الذمّى سواء كان مولاه ذمّياً أو مسلماً وكذلک الأمه الذمّيه لا تتجاوز ديّتها أربعمائه درهم كانت لذمّى أو لمسلم أو لمسلمه، بل ربما احتمل بعضهم أنّ العبد الذمّى لذمّى إذا أسلم عند مولاه وقتل قبل أن يباع على مولاه لا يتجاوز

ولو قتل العبد حرّاً قتل به[1] ولا يضمن المولى جنايته لكن ولىّ الدم بالخيار بين قتله وبين استرقاقه وليس لمولاه فكّه مع كراهيه الولىّ.

الشَرح: ديته عن ديه مولاه الذمّى أخذاً بعموم الخبر.

ولكن لا يخفى من عدم وجود الخبر المزبور فى كتب أخبارنا والاستناد إليه فى رفع اليد عما ذكرنا من مقتضى الروايات مشكل جدّاً.

وما يظهر من صاحب الجواهر قدس سره من التمسّک فيما إذا كان العبد الذمّى المقتول لمسلم بالاطلاق فى قوله عليه السلام «ديه العبد قيمته» لم يظ هر للتمسک بالاطلاق المزبور وجه بعد ورود القيد بأنّ الديه قيمته ما لم يتجاوز ديته ديه الحرّ الظاهر فى الحرّ المسلم إذا كان العبد مسلماً والحرّ الذمّى إذا كان العبد المقتول ذمّياً، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] بلا خلاف يعرف لقوله عليه السلام فى موثقه سماعه: «يقتل العبد بالحرّ»(1)، وصحيحه زراره عن أحدهما عليه السلام : «فى العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه»(2)، وظاهر هذه الصحيحه انّ الاختيار بيد ولىّ المقتول وليس لمولاه إلزام ولىّ المقتول بأخذ الديه ونحوها غيرها كما أنّ الولىّ ليس له إلاّ الاقتصاص من العبد واسترقاقه وليس له إلزام مولاه بإعطاء الديه أو إلزامه بردّ التفاوت بين قيمه العبد وديه المقتول بعد الاقتصاص من العبد أو استرقاقه، حيث إنّ مولى العبد لا يغرم أكثر من نفس العبد.

كما يدلّ على ذلک مضافاً إلى ظاهر الصحيحه أىّ إطلاقها المقامى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام حيث ورد فيه «انّ العبد لا يغرم أهله وراء نفسه شيئاً»(3).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 40 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 71.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 41 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 73.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب ديات النفس، الحديث 2: 157.

ولو جرح حراً كان للمجروح الاقتصاص منه، فإن طلب الديه فكّه مولاه بأرش الجنايه[1] ولو امتنع كان للمجروح استرقاقه إن أحاطت به الجنايه وإن قصر أرشها كان له أن يسترقّ منه بنسبه الجنايه من قيمته، وإن شاء طالب ببيعه وله من ثمنه أرش الجنايه فإن زاد ثمنه فالزياده للمولى.

الشَرح:

[1] فللمولى فكّ عبده بأرش جنايته فإن أبى من فكّه بأرش الجنايه يكون المجنى عليه على التخيير بين أن يسترقّ العبد كلّه إذا أحاطت أرش جنايته تمام قيمته، أو بمقدار نسبه أرش الجنايه إلى قيمته فيكون العبد مشتركاً بينه وبين مولاه وبين أن يطالب مولاه بالبيع ويستوفى من ثمنه أرش الجنايه، وإن زادت قيمته عن أرشها فالزياده للمولى.

ولكن الوارد فى حكم جنايه العبد على الحرّ صحيحه الفضيل بن يسار عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال فى عبد جرح حرّاً فقال: «إن شاء الحرّ اقتصّ منه وإن شاء أخذه إن كانت الجراحه تحيط برقبته وإن كانت لا تحيط برقبته إفتداه مولاه فإن أبى مولاه أن يفتديه كان للحرّ المجروح من العبد بقدر ديه جراحه والباقى للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقّه ويردّ الباقى على المولى»(1).

وظاهرها أنّ للمجنىّ عليه الاقتصاص من العبد وإذا لم يقتصّ له استرقاق العبد إذا كان أرش جنايته مستوعباً لتمام قيمته، وأمّا إذا لم يستوعب أرشها قيمته فللمولى أن يفكّ عبده بأرش الجنايه فإن امتنع يكون العبد مشتركاً بين مولاه والمجنى عليه بنسبه أرش جنايته إلى قيمته فيباع العبد ويأخذ المجنى عليه مقدار حصته ويكون الباقى للمولى. والفرق بين مدلولها وبين ما ذكره الماتن فى أمرين:

أحدهما: إنّ مدلول الصحيحه أنّ للمجنى عليه استرقاق العبد فيما إذا أحاطت جنايتها بقيمته وليس للمولى إلزام المجنى عليه بأخذ أرش الجنايه ويدلّ على ذلک

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب ديات النفس، الحديث 2: 154.

ولو قتل العبد عبداً عمداً[1] فالقود لمولاه، فإن قتل جاز وإن طلب الديه تعلّقت برقبه الجانى، فإن تساوت القيمتان كان لمولى المقتول استرقاقه ولا يضمنه مولاه لكن لو تبرّع فكّه بقيمه الجنايه وإن كانت قيمه القاتل أكثر فلمولاه منه بقدر قيمه المقتول، وإن كانت قيمته أقلّ فلمولى المقتول قتله أو استرقاقه ولا يضمن مولى القاتل شيئاً إذ المولى لا يعقل عبداً.

الشَرح:

أيضاً صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام «فى عبد جرح رجلين قال: هو بينهما إن كانت جنايته تحيط بقيمته»(1).

وعلى الجمله ظاهر الصحيحتين أنّ مع إحاطه أرش جنايه العبد على الحرّ بقيمته يكون للحرّ المجنى عليه الاقتصاص من العبد أو استرقاقه مع أنّ ظاهر الماتن انّ استرقاقه مترتّب على امتناع مولاه عن أداء أرش جنايته حتى ما إذا كان أرش جنايته محيطاً بقيمته.

ثانيهما: انّ مع عدم إحاطه أرش جنايه العبد بقيمته يكون المجنى عليه مخيراً بين الاقتصاص وطلب أرش الجنايه من مولاه، فإن امتنع المولى عن فك العبد بأداء أرش الجنايه فهو يعنى العبد يكون مشتركاً بين المولى والمجنى عليه فيباع العبد كساير الأموال المشتركه، فيأخذ كلّ منهما من ثمنه حصتّه. فالمتعيّن الأخذ بمدلول الصحيحه لعدم قيام وجه معتبر على التصرّف فى مدلول الصحيحتين وحمل البيع فى صحيحه الفضيل على تخيير المجنى عليه مع أنّ ظاهرها كون البيع من مقتضى اشتراک العبد بين المجنى عليه ومولاه.

[1] إذا قتل العبد عبداً كان لمولى العبد المقتول القصاص من العبد القاتل، حيث إنّ ولى الدم للعبد المقتول مولاه، ويشهد لقتل العبد بالعبد والأمه بالأمه بل الأمه بالعبد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 45 من أبواب ديات النفس، الحديث 1: 77.

....

الشَرح:

والعبد بالأمه قوله سبحانه: «النفس بالنفس» «والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى» والحكم فى الجمله مما لا إشكال فيه ولا تأمّل.

إنّما الكلام فى جهات:

الأولى: ما هو ظاهر الماتن قدس سره من أنّ لمولى العبد المقتول الاختيار فى أن يقتصّ من العبد القاتل وأن تطلب الديه، وبما أنّ المولى لا يغرم وراء نفس العبد شيئاً وأنّ جنايه العبد تكون الديه فى رقبته، يكون مقتضى ذلک أنّ له استرقاقه.

أضف إلى ذلک ما تقدّم فى قتل العبد حرّاً من أنّ ولىّ الحرّ المقتول مخيّر بين قتل العبد وبين استرقاقه كما يدلّ عليه الروايات كصحيحه زراره عن أحدهما عليه السلام «فى العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه»(1)، وإذا جاز الاسترقاق وترک قتل العبد إذا قتل الحرّ يكون ترک قتله وجواز استرقاقه أولى فيما قتل العبد عبداً كما قيل.

ولكن لا يخفى ما فى الوجهين فإنّ الثابت للولىّ فى القتل العمدى هو حقّ القصاص من القاتل وأمّا ثبوت الديه فيحتاج إلى التراضى بينه وبين القاتل، وقد خرجنا عن ذلک فيما إذا قتل العبد حرّاً لدلاله صحيحه زراره وغيرها أنّ ولىّ المقتول مخيّر بين الاقتصاص من العبد القاتل أو استرقاقه ورفع اليد عنه فيما إذا قتل العبد عبداً بأن يلتزم أنّ لمولى العبد المقتول استرقاق العبد القاتل ولو بلا رضا مولاه فيحتاج إلى قيام دليل عليه والأولويه التى ذكرها فى الجواهر(2) لم يظهر لها وجه صحيح.

والجهه الثانيه: أنّ العبد المقتول إذا كانت قيمته مختلفةً مع قيمه العبد القاتل

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 41 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 73.

2- (2) جواهرالكلام: 42/103.

....

الشَرح:

بأن كان قيمه العبد القاتل أكثر واقتصّ منه مولى العبد المقتول فهل عليه ردّ الزايد على مولى العبد القاتل أو ليس عليه الردّ؟ المنسوب إلى العلاّمه فى القواعد والمختار فى المسالک هو لزوم الردّ، لأنّ فى العبد يلاحظ فيه الماليه فلا يستوفى الزايد بالناقص، نعم إذا كان الأمر بالعكس بأن كان قيمه العبد المقتول أكثر فمع الاقتصاص من العبد القاتل لا يكون على مولاه شىء حيث إنّ المولى لا يغرم وراء نفس العبد شيئاً.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الآيه المباركه مقابله النفس بالنفس فى الحرّ وفى العبد، حيث ذكر سبحانه النفس بالنفس والعبد بالعبد والخروج عن ذلک يحتاج إلى قيام دليل عليه وليس فى المقام ما يحسب دليلاً على الخروج، فيجوز لمولى المقتول قتل العبد القاتل من غير ردّ شىء إلى مولاه إذا زادت قيمته عن قيمه العبد المقتول.

والجهه الثالثه: فيما إذا قتل العبد الأمه أو قتلت الأمه عبداً فهل يؤخذ بمقتضى قوله سبحانه «النفس بالنفس»(1) ويحكم بأنّه إذا أراد مولى الأمه المقتوله القصاص من العبد القاتل لا يرد على مولاه نصف قيمته، كما أنّه إذا أراد مولى العبد الذى قتله الأمه الاقتصاص منها لا يأخذ من مولاها نصف قيمه عبده لما تقدمّ من أنّ المولى لا يغرم غير نفس العبد شيئاً؟

الصحيح ذلک، لم تقدّم من ظهور الآيه فى مقابله النفس بالنفس والخروج عن ذلک فى الحرّ والحرّه إذا قتلت المرأه رجلاً، كان لقيام الدليل عليه وأنّه إذا أراد أولياء الحرّه قتل الرجل الحرّ فعليهم ردّ نصف ديّته.

ثمّ إنّه إذا بنى على أنّ لمولى المقتول استرقاق العبد ولو بلا رضا مولاه لأنّ الديه

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.

....

الشَرح:

تتعلق برقبه العبد ويقتضى التعلّق بها جواز استرقاقه يكون استرقاق العبد بتمامه فى صورتين:

إحداهما: ما إذا كانت قيمه العبد المقتول أو الأمه المقتوله مساويه مع قيمه العبد القاتل.

ثانيتهما: ما إذا كانت قيمه المقتول أكثر من قيمه العبد القاتل فإنّه لا يكون لمولى المقتول إلاّ قتل العبد القاتل أو استرقاقه ولا يضمن مولى القاتل شيئاً، حيث إنّ أهل العبد لا يغرم وراء نفسه شيئاً وأنّ المولى لا يعقل عبده، وأمّا إذا انعكس الأمر بأن كان قيمه القاتل أكثر من قيمه المقتول فقد تقدّم فى الجهه الثانيه أنّ لمولى المقتول قتله ولا يرد على مولى القاتل مع قتل القاتل شيئاً.

وأمّا إذا أراد استرقاق القاتل فلا يسترقّ منه بأكثر من قيمه مقتوله، لأنّ ديه مقتوله قيمته فأخذ تلك القيمه وتعلّقها برقبه القاتل الاسترقاق بمقدارها وقد تقدّم أنّ فى جرح العبد الحرّ إذا كانت قيمه العبد أكثر من ديه الجرح فيسترق المجنى عليه مع امتناع مولاه عن دفع أرش جنايه عبده بمقدار أرش الجنايه.

بقى فى المقام أمر وهو أنّ ظاهر كلام الماتن أنّ مولى العبد المقتول إذا طلب الديه لا تكون الديه مضمونه على مولى العبد القاتل حيث أنّ المولى لا يعقل العبد إلاّ أنّه إذا أراد فكّ عبده من جنايته فكّه بأرش جنايه عبده وأرش جنايه عبده فى المقام قيمه العبد المقتول.

ولكن لا يخفى أنّه لا دليل على جواز فكّه جنايه عبده بأرش جنايه عبده أو بقيمه عبده القاتل أو بأقل الأمرين من غير رضا مولى العبد المقتول. نعم إذا تضمّن طلبه الديه

ولو كان القتل خطأً كان مولى القاتل بالخيار بين فكّه بقيمته[1] [ولا تخيير لمولى المجنى عليه وبين دفعه، وله منه ما يفضل عن قيمه المقتول وليس عليه ما يعوز.

الشَرح:

الرضا بالفكّ كان لمولى العبد القاتل الفك المزبور.

[1] إذا قتل العبد عبداً أو أمه خطأً فقد تقدّم ما يدلّ على أنّ جنايه العبد تتعلق برقبته ولا يعقل المولى العبد ولكن مولى العبد القاتل مخيّر بين إعطاء قيمه العبد المقتول أو الأمه المقتوله وبين دفع العبد إلى مولى المقتول فيسترقّه بتمامه إذا كانت قيمته مساويه لقيمه المقتول أو المقتوله أو أقل.

وأمّا إذا كانت قيمه العبد القاتل أكثر، فلمولاه الزايد على قيمه المقتول أو المقتوله.

والوجه فى ذلک أنّ مقتضى كون جنايه العبد على رقبته وليس على مولاه ضمان جنايته انّه إذا كانت قيمه المقتول أكثر فلا يتحمل مولى القاتل شيئاً ولا يكون عليه ما يعوز بخلاف ما كانت قيمته أكثر فإنّه ليس لمولى المقتول غير ديته، وبما أنّ تلک الديه برقبه العبد فيسترق منه مقدار ديه المقتول.

وأمّا أنّ لمولى القاتل دفع ديه العبد المقتول أو المقتوله وأنّه مخيّر بين دفعها ودفع عبده فيدلّ عليه صحيحه محمد بن حمران عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى مدبّر قتل رجلاً خطأً قال: إن شاء مولاه أن يؤدّى إليهم الديه وإلاّ دفعه إليهم يخدمهم»(1)، فإنّه لا فرق كما سيأتى بين القنّ والمدبّر فى هذا الحكم، وأنّ المدبّر مادام لم يمت مولاه الذى دبّره بحكم القنّ وبهما يرفع اليد عن اطلاق صحيحه أبى بصير الدالّ على تعيّن دفع العبد القاتل إلى ولىّ المقتول، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مدبّر قتل رجلاً عمداً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب ديات النفس، الحديث 3: 155.

ولو اختلف الجانى ومولى العبد فى قيمته يوم قتل، فالقول قول الجانى مع يمينه إذا لم يكن للمولى بيّنه[1].

الشَرح:

فقال: يقتل به قال: قلت: فإن قتله خطأً؟ قال فقال: يدفع إلى أولياء المقتول فيكون لهم رقّاً فإن شاؤوا باعوا وإن شاؤوا استرقّوا وليس لهم أن يقتلوه قال ثمّ قال: يا أبا محمد إنّ المدبّر مملوک»(1). ونحوها صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مكاتب قتل رجلاً خطأ قال فقال: إن كان مولاه حين كاتبه اشترط عليه ان عجز فهو ردّ فى الرق فهو بمنزله المملوک يدفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا استرقّوا وإن شاؤوا باعوا» الحديث، هذا على روايه الصدوق. وفى روايه الكلينى كما فى الوسائل: «فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا باعوا»(2) فهو سهو لعدم ثبوت القصاص فى القتل الخطئى ولو كان المراد بالخطأ مقابل الصواب لا مقابل العمد خرج الخبر عن مورد الكلام وهو قتل العبد خطأ.

فإنّهما وإن كانتا ظاهرتين فى قتل المملوک حرّاً خطأً إلاّ أنّه لا فرق بين قتله الحرّ أو العبد فى كون الديه فى رقبه العبد، وقد دلّت صحيحه محمد بن حمران على أنّ للمولى فكّ العبد الجانى خطأً بإعطاء ديه المقتول كان المقتول عبداً أو حراً.

[1] والوجه فى ذلک انّ مولى العبد المقتول يدّعى الزياده على ما يعترف به مولى العبد القاتل أو الجانى، فإن أقام بيّنه على أنّ قيمه عبده عند القتل كانت تلک الزياده فهو، وإلاّ يحلف الجانى أو مولى المقتول على نفى تلک الزياده.

نعم لو ردّ الجانى أو مولى العبد القاتل الحلف على مولى المقتول فحلف ثبتت تلک الزياده على ما هو ميزان القضاء.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 42 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 74.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 46 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 78.

والمدبّر كالقنّ[1] ولو قتل عمداً، قُتل. وإن شاء الولى استرقاقه كان له، ولو قتل خطأً فإن فكّه مولاه بأرش الجنايه، وإلاّ سلّمه للرقّ وإذا مات الذى دبّره، هل ينعتق؟ قيل لا، لأنّه كالوصيه، وقد خرج عن ملكه بالجنايه فيبطل التدبير، وقيل: لا يبطل، بل ينعتق، وهو المروى. ومع القول بعتقه هل يسعى فى فكّ رقبته؟ فيه خلاف، الأشهر أنّه يسعى، وربما قال بعض الأصحاب يسعى فى ديه المقتول ولعلّه وهمٌ.

الشَرح:

وفى روايه أبى الورد قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل عبداً خطأً، قال: عليه قيمته ولا يجاوز بقيمته عشره آلاف درهم قلت ومن يقوّمه وهو ميّت؟ قال: إن كان لمولاه شهود أنّ قيمته يوم قتل كان كذا وكذا أخذ بها قاتله وإن لم يكن له شهود على ذلک كانت القيمه على من قتله مع يمينه يشهد باللّه ما له قيمه أكثر مما قوّمته فإن أبى أن يحلف وردّ اليمين على الولى فإن حلف المولى أعطى ما حلف عليه» الحديث(1).

[1] لما تقدّم فى صحيحه أبى بصير من أنّ المدبّر مملوک فيجرى عليه ما جرى على قتل العبد عمداً أو خطأً سواء كان المقتول حرّاً أو عبداً، فإن كان قتله عمداً كان ولىّ المقتول مخيّراً بين قتله قصاصاً أو استرقاقه، وإن كان قتله خطأً يكون مولى القاتل مخيّراً بين فكّه بالديه وتسليمه إلى مولى المقتول أو وليّه.

ثمّ يقع الكلام فى أنّه صار رقّاً لمولى المقتول أو لأوليائه فهل يكون فى ملكهم أيضاً مدبّراً نظير ما ذكرنا فى بيع الراهن العين المرهونه ولازم ذلک أن ينعتق العبد القاتل بمجرّد موت مولاه الذى دبّره أو أنّ التدبير كالوصيه بالعبد وإذا خرج العبد الموصى به للغير عن ملک الموصى بالبيع أو بالصلح ونحوها تبطل الوصيه.

ومقتضى صحيحه محمد بن حمران انتقال العبد إلى ولى المقتول مدبّراً حيث

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 7 من أبواب ديات النفس، 1: 153.

....

الشَرح:

روى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى مدبّر قتل رجلاً خطأً قال: «إنّ شاء مولاه أن يؤدّي إليهم الديه وإلاّ دفعه إليهم يخدمهم فإذا مات مولاه الذى أعتقه رجع حرّاً»(1). ونحوها صحيحه جميل قال: «قلت: لأبى عبداللّه عليه السلام : مدبّر قتل رجلاً خطأً من يضمن عنه؟ قال: يصالح عنه مولاه فإن أبى دفع إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبّره ثمّ يرجع حرّاً لا سبيل عليه»(2). وظاهر هذه أنّه لا يطالب بعد حرّيته بشىء ولا يستسعى، وقد نقل ذلک عن ظاهر المفيد قدس سره .

ولكن المنقول عن الشيخ فى نهايته وكتابى الأخبار أنّه يستسعى فى ديه المقتول لأنّ ديته عليه وذكر الماتن قدس سره أنّ الاستسعاء فى ديه المقتول وهم، لأنّ رقبه العبد صارت ديه المقتول ولو كان عليه بعد انعتاقه عوضاً يكون العوض قيمه رقبته كما يدلّ عليه خبر هشام بن أحمر، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن مدبّر قتل رجلاً خطأً قال: أىّ شىء رويتم فى هذا؟ قال: قلت: روينا عن أبى عبداللّه عليه السلام يتلّ برمّته إلى أولياء المقتول فإذا مات الذى دبّره اعتق، قال: سبحان اللّه فيبطل دم امرء مسلم قال: هكذا روينا قال: غلطتم على أبى يتلّ برمّته إلى أولياء المقتول فإذا مات الذى دبّره استسعى فى قيمته»(3).

ولو كانت هذه الروايه تامّه سنداً لكان المتعيّن الالتزام بمدلولها لحكومتها بنظرها إلى المروى عن أبى عبداللّه عليه السلام ولكن ضعفها سنداً يمنع عن الأخذ بها وطرح المروى عن أبى عبداللّه عليه السلام ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعده

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب ديات النفس، الحديث 3: 155.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب ديات النفس، الحديث 1: 155.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب ديات النفس، الحديث 5: 155.

والمكاتب إن لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً أو كان مشروطاً فهو كالقنّ[1]،

الشَرح:

عليها، لأنّ الشّهره على تقديرها فى العمل بمضمونها لوجه آخر وهو ما يقال من أنّ لازم انعتاقه بعد موت المولى الذى دبّره بلا استسعاء ذهاب دم المقتول هدراً حيث إنّه يمكن أن يكون قتل المدبّر خطأً فى زمان ثم ان يموت مولاه فى زمان ثان قبل أن يسترّقه أولياء المقتول أو مولى المقتول، وهذا وإن كان غير صحيح لأنّ المفروض فى صحيحتى محمد بن حمران وجميل استرقاق المدبّر إلى حين موت المولى الذى دبّره وهذا الاسترقاق الديه التى تعلّق برقبه العبد، وإذا انعتق بموت مولاه لا يكون عليه شىء، نظير ما إذا مات بعد استرقاقه، بخلاف ما إذا مات مولاه قبل الاسترقاق، فإنّ ديه المقتول على العبد المعتق حيث لم يؤدّ الديه فيكون عليه الاستسعاء فى ديه المقتول.

وعلى الجمله، المتعيّن الأخذ بصحيحتى محمد بن حمران وجميل فى مورد دلالتهما، وفى غيره يؤخذ بما ذكرنا من استسعائه بعد انعتاقه فى ديه المقتول.

[1] بلا خلاف ظاهر أو منقول، ويشهد لذلک ما ورد فى صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مكاتب قتل رجلاً خطأً قال: فقال: إن كان مولاه حين كاتبه اشترط عليه إن عجز فهو ردّ فى الرق فهو بمنزله المملوک يدفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا باعوا وإن كان مولاه حين كاتبه لم يشترط عليه وكان قد أدّى من مكاتبته شيئاً» الحديث(1)، فإنّ ظاهرها أنّ المكاتب المشروط كما هو مقتضى الصدر والمكاتب المطلق الذى لم يؤد شيئاً من مال الكتابه كما هو مقتضى التقييد (فى ثبوت الحكم الآخر بقوله عليه السلام وقد أدّى من مكاتبته شيئاً) بحكم المملوک القنّ، فيجرى عليهما حكم القنّ الذى قتل حرّاً عمداً من تخيير أولياء المقتول بين الاقتصاص وبين استرقاقه إلاّ أن توافق أولياء المقتول مع مولاه على دفع قيمته على ما

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 46 من أبواب ديات النفس، الحديث 2: 78.

وإن كان مطلقاً[1] وقد أدّى من مال الكتابه شيئاً تحرّر منه بحسابه، فإذا قتل حرّاً عمداً قتل به وإن قتل مملوكاً فلا قود وتعلّقت الجنايه بما فيه من الرقبه مبعّضه فيسعى فى نصيب الحرّيه ويسترقّ الباقى منه أو يباع فى نصيب الرق.

الشَرح:

تقدّم فى فكّه.

ويدلّ على ذلک أيضاً ما ورد فى صحيحه أبى ولاّد الحنّاط «إنّ المكاتب إن لم يكن قد أدّى من مكاتبته شيئاً فإنّه يقاصّ العبد به»(1)، فإن قتل العبد القاتل بقتله عبداً من حكم القنّ كما لا يخفى، وعلى ذلک فلو قتل المشروط أو المكاتب المزبور عمداً فيجرى عليه الاقتصاص والاسترقاق أو فكّ مولاه.

[1] إذا كان المكاتب مطلقاً وقد أدّى من مال الكتابه شيئاً تحرّر بمقدار الأداء حيئذ إن قتل حرّاً فلأولياء المقتول الاقتصاص منه ولهم أن يسترقّوه فى مقدار ما بقى من رقّيته وليس لهم مطالبه العبد أو مولاه بالديه فى نصيب حرّيته لأنّ الثابت لولىّ المقتول القصاص أو الاسترقاق، وحيث إنّه لا يمكن استرقاق المكاتب فى مقدار حرّيته يتعيّن استرقاقه فى نصيب الرقّيه.

نعم، إذا رضى المكاتب بدفع الديه فى نصيب حريته فيسعى فى نصيب الحريّه كما هو الحال فيما إذا قتل المكاتب الذى اَدّى بعض مال الكتابه عبداً عمداً فإنّه لا يتعلق بالمكاتب الّذى تحرّر منه البعض القصاص بقتله العبد فإنّ تحرّر بعض العبد يوجب كونه كالحرّ فى عدم قتله بالعبد، ويكون لمولى العبد المقتول استرقاق بعض المكاتب أى نصيب رقّيته، ومعه تبطل عقد الكتابه بالإضافه إلى نصيب رقّيته ويسعى العبد فيما تعلّق بذمّته من قيمه العبد المقتول، مثلاً إذا قتل المكاتب الذى تحرّر منه ثلثه عبداً عمداً يساوى قيمته تسعمائه دينار يتعلّق بذمّه المكاتب ثلثه أى ثلاثمائه دينار، وإذا

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 46 من أبواب ديات النفس، الحديث 1: 78.

....

الشَرح:

استرقّ مولى العبد المقتول ثلثى المكاتب لكون ثلثيه يساوى ستمائه دينار، أو أقلّ تبطل عقد الكتابه فى ثلثيه ويسعى المكاتب فى ثلاثمائه دينار التى تعلّق بذمّته وإذا كان ثلثا المكاتب أكثر قيمه من ستمائه دينار وقلنا بأنّ مولى المكاتب مخيّر بين فكّه بإعطاء ستمائه دينار إلى مولى العبد المقتول وبين دفعه للاسترقاق على ما تقدّم.

فإن فكّه يبقى عقد الكتابه بحاله، وإن دفعه للاسترقاق ففى بقاء عقد الكتابه بحاله بالاضافه إلى الجزاء الزايد أو لزوم دفع مولى العبد المقتول الزايد من قيمه المكاتب إلى مولاه وجهان لا يبعد الأول، لأنّه ليس لولى العبد المقتول الاسترقاق إلاّ بمقدار قيمه عبده التى تعلّقت برقبه المكاتب فى حصتّه رقبته. ثمّ انّ المكاتب الذى تحرّر بعضه وقتل عبداً متعمداً إذا عجز عن السعى فمع عدم المال له يكون الديه على مولاه المكاتب.

ويدلّ على جميع ما ذكرنا صحيحه أبى ولاّد. فإنّه روى فى الفقيه بإسناده عن الحسن بن محبوب عن أبى ولاّد قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مكاتب جنى على رجل حرّ جنايه، فقال: إن كان أدّى من مكاتبته شيئاً غرم فى جنايته بقدر ما أدّى من مكاتبته للحرّ وإن عجز عن حقّ الجنايه أخذ ذلک من المولى الذى كاتبه قلت: فإن كانت الجنايه لعبد؟ قال: على مثل ذلک يدفع إلى مولى العبد الذى جرحه المكاتب ولا يقاصّ بين المكاتب وبين العبد إذا كان المكاتب قد أدّى من مكاتبته شيئاً فإن لم يكن أدّى من مكاتبته شيئاً فإنّه يقاصّ للعبد منه أو يغرم المولى كلّ ما جنى المكاتب لأنّه عبده ما لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً»(1). والصحيحه مرويّه فى الفقيه كما ذكرنا.

1- (1) من لا يحضره الفقيه: 4/129.

ولو قتل خطأً فعلى الإمام بقدر ما فيه من الحريه وللمولى الخيار بين فكّه بنصيب الرقبه من الجنايه وبين تسليم حصّه الرق لتقاصّ بالجنايه[1].

الشَرح:

وأمّا على روايه الكلينى والشيخ ففى صدرها عن مكاتب اشترط عليه مولاه حين كاتبه ولكن الصحيح ما فى الفقيه فإنّ المكاتب المشروط بحكم القنّ ولا يناسب ما ذكر من بعده، وقوله عليه السلام : «على مثل ذلک» مقتضاه أنّ مع عجز المكاتب عمّا يتعلّق بذمّته يكون على مولاه إذا قتل عبداً متعمداً كما هو ظاهر صدرها فى الجنايه على الحرّ.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا قتل المكاتب الذى تحرّر منه البعض حرّاً أو عبداً خطأً يتعلّق من ديه الحر أو قيمه العبد فى نصيب حرّيته على عهده الإمام ومولاه المكاتب بالكسر ، مخيّراً بين فكّه فى نصيب الرقّيه من الجنايه بدفع قيمه نصيب رقّيته أو دفعه للاسترقاق.

ويستدلّ على ذلک بمعتبره عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى مكاتب قتل رجلاً خطأً قال: عليه ديّته بقدر ما اعتق وعلى مولاه ما بقى من قيمه المملوک فإن عجز المكاتب فلا عاقله له إنّما ذلک على إمام المسلمين»(1).

وصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مكاتب قتل رجلاً خطأً قال: فقال: إن كان مولاه حين كاتبه اشترط عليه إن عجز فهو ردّ فى الرق فهو بمنزله المملوک، فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا باعوا وإن كان مولاه حيث كاتبه لم يشترط عليه وكان قد أدّى من مكاتبته شيئاً فإنّ عليّاً عليه السلام كان يقول يعتق من المكاتب بقدر ما أدّى من مكاتبته فإنّ على الإمام أن يؤدّى إلى أولياء المقتول من الديه بقدر ما أعتق من المكاتب ولا يبطل دم امرى ء مسلم وأرى أن يكون ما بقى على المكاتب مما لم يؤدّه رقّاً لأولياء

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب ديات النفس، الحديث 1: 157.

وفی روایه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهماالسلام : «إذا أدّی نصف ما الشَرح:

المقتول یستخدمونه حیاته بقدر ما أدّی ولیس لهم أن یبیعوه»(1).

ولکن تقیید ما یتعلّق بذمّه المکاتب علی الإمام بصوره عجزه فی المعتبره المتقدمه یوجب تقییداً لاطلاق فی صحیحه محمد بن مسلم ویکون ما علیه علی الإمام فی صوره عجزه من الأداء کما أنّ ظاهر هذه الصحیحه بقاء عقد الکتابه وعدم صیرورته رقّاً إلاّ بمقدار استیفاء الدیه الباقیه علیه.

وقیل إنّ المراد بالنهی عن بیعه هو النهی عن بیع جمیع المکاتب.

ولکن ذلک خلاف ظاهر تقیید استخدامه مدّه حیاته بالمقدار الذی بقی علیه من مقدار الدیه.

والإشکال فیها بأنّ ظاهر صدرها فرض الجنایه ووقوع القتل عمداً وفی القتل عمداً لا تکون الدیه حتی تکون فی مقدار حرّیه علی الإمام.

یمکن دفعه بأنّ المراد من صدرها أیضاً القتل خطأً وما فیه «فإن شاؤوا قتلوا» نسخه فإنّ الصدوق قدس سره رواها هکذا «وإن شاؤوا باعوا وإن شاؤوا استرقّوا».

والمتحصّل ممّا ذکرنا أنّ ما فی اطلاق عباره الماتن من کون دیه الحرّ المقتول خطأً أو قیمه العبد المقتول خطأً فی مقدار حریّه المکاتب علی بیت المال یؤدیه الإمام لا یمکن المساعده علیه بل کون مقدارهما علی الإمام إنّما هو فیما لم یکن للمکاتب مال ولم یتمّکن من تحصیله، وما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سلیمان من أنّ مولی المکاتب ما بقی من قیمه المکاتب المراد منه جواز فکّ المولی علی ما تقدّم.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 46 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 2: 78.

علیه فهو بمنزله الحرّ»[1] وقد رجّحها فی الاستبصار ورفضها فی غیره.

والعبد إذا قتل مولاه جاز للولی قتله[2] وکذا لو کان للحرّ عبدان فقتل أحدهما الآخر کان مخیراً بین قتل القاتل والعفو.

الشَرح:

[1] روی علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: «سألته عن مکاتب فقأ عین مکاتب أو کسر سنّه ما علیه؟ قال: إن کان أدّی نصف مکاتبته فدیّته دیه حرّ، وأن کان دون النصف فبقدر ما اعتق، وکذا إذا فقأ عین حرّ. وسألته عن حرّ فقأ عین مکاتب أو کسر سنّه قال: «إذا أدّی نصف مکاتبته تفقأ عین الحرّ أو دیّته إن کان خطأ هو بمزله الحرّ وإن لم یکن أدّی النصف قوّم فأدّی بقدر ما اعتق منه وسألته عن المکاتب الذی أدّی نصف ما علیه قال: هو بمنزله الحر فی الحدود وغیر ذلک من قتل أو غیره. وسألته عن مکاتب فقأ عین مملوک وقد أدّی نصف مکاتبته قال: یقوّم المملوک ویؤدّی المکاتب إلی مولی المملوک نصف ثمنه»(1). وظاهرها خلاف ما تقدّم من أنّ المکاتب فی مقدار حرّیته تکون الدیه علیه وفی مقدار رقّیته تتعلّق الدیه برقبته وللمولی فکّه بلا فرق بین أدائه من مال الکتابه نصفه أو أقلّ منه.

ولو کانت الروایه معتبره لأمکن رفع الید بها عن إطلاق ما تقدّم، ولکن فی سندها محمد بن أحمد العلوی ولم یثبت له توثیق فإنّ الشیخ قدس سره رواها بإسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن محمد بن أحمد العلوی عن العمرکی الخراسانی عن علی بن جعفر.

[2] إذا قتل العبد مولاه عمداً یکون لولی المولی قتله، وکذا إذا کان له عبدان قتل أحدهما الآخر عمداً فإنّه یکون للمولی قتل الآخر قصاصاً أو العفو عنه، وأمّا الاسترقاق

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دیات النفس، الحدیث 3: 157.

. ...

الشَرح:

فلا مورد له لأنّ القاتل فى الأول ملک لأولياء المولى وفى الثانى ملک للمولى والمملوک لا يسترقّ مالکه.

وفى موثقه إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل له مملوکان قتل أحدهما صاحبه أله أن يقيده به دون السلطان إن أحبّ ذلک؟ قال: هو ماله يفعل به ما شاء إن شاء قتل وإن شاء عفا»(1).

ص :111

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 44 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 76.

مسائل ستّ

الأولى: لو قتل حرّ حرّين

الأولى: لو قتل حرّ حرّين فليس لأوليائهما إلاّ قتله وليس لهما المطالبه بالديه[1].

الشَرح:

[1] المراد أنّه ليس لأحدهما أو كلاهما المطالبه بالديه من مال القاتل لما تقدّم من أنّ الثابت لولىّ الدم فى القتل عمداً هو القصاص دون مطالبه الديه فإن قتلاه قصاصاً ليس لهما المطالبه بنصف الديه لمقتولهما، لأنّه لا يجنى الجانى أكثر من نفسه.

وأمّا لو اقتصّ أحدهما من القاتل ابتداءً فهل لأولياء الآخر طلب الديه من ماله حيث فات مورد القصاص فينتقل الأمر إلى مطالبه الديه أو أنّه ليس لهم المطالبه بها؟

المنسوب إلى المشهور أنّه ليس لهم المطالبه، لأنّ الجانى لا يجنى أكثر من نفسه، وعن جماعه أنّ لهم المطالبه كما إذا قتل شخص الآخر عمداً فمات القاتل قبل القصاص منه، ويستفاد ذلک من موثقه أبى بصير، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه قال: «إن كان له مال أخذت الديه من ماله وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب، وإن لم يكن له قرابه أداه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرى ء مسلم»(1)، فإن مقتضى التعليل عدم الخصوصيه لهرب القاتل بل كلّما لم يكن القصاص منه لموته ولو بالقصاص منه من أولياء أحد المقتولين ينتقل الأمر إلى الديه من ماله وإن لم يكن له مال فإلى عاقلته ويأتى إن شاء اللّه تعالى أنّ الأظهر ما اختاره جماعه من الأصحاب خلافاً للمشهور.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 1: 302.

ولو قطع يمين رجل ومثلها من الآخر قطعت يمينه بالأول ويساره بالثانى[1]

الشَرح:

وما يقال من أنّ الجانى لا يجنى أكثر من نفسه يراد أنّه مع القصاص من النفس فى جنايته واحده لما سيتّضح إن شاء اللّه تعالى وعدم استحقاق الوليين مع القصاص منه بنصب الديه، لأنّه مقتضى قوله سبحان: «النفس بالنفس» والمطالبه بردّ الزايد يحتاج إلى قيام الدليل عليه كما تقدّم.

[1] ظاهر كلام الماتن قدس سره وفاقاً للمشهور عدم جواز قطع الثانى بيمين القاطع قصاصاً بل اليمنى حقّ للأول. نعم إذا عفى الأول أو صالحه على الديه يجوز للثانى قطع يمناه.

ولعلّ المستند فى ذلک روايه حبيب السجستانى قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين قال: فقال: يا حبيب تقطع يمينه للذى قطع يمينه أوّلاً وتقطع يساره للرجل الذى قطع يمينه أخيراً لأنّه إنّما قطع يد الرجل الأخير ويمينه قصاص للرجل الأول، قال: فقلت: إنّ عليّاً عليه السلام إنّما كان يقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى فقال: إنّما كان يفعل ذلک فيما يجب من حقوق اللّه فأمّا يا حبيب حقوق المسلمين فإنّه تؤخذ لهم حقوقهم فى قصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يد والرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد» الحديث(1).

ولكنّ الروايه بحسب سندها ضعيفه، فإنّ حبيب السجستانى لم يثبت له توثيق ومقتضى ما تقدّم فى قتل الحرّ حرّين إنّ أيّاً من المجنى عليهما سبق إلى القصاص فله يده اليمنى وللأخر القصاص من يده اليسرى، لأنّ المماثل للجنايه مع وجود اليد اليمنى للجانى يده اليمنى، وإذا فقدت من الأصل أو بالقصاص ونحوه يكون المماثل يده اليسرى.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2: 131.

فلو قطع يد ثالث قيل سقط القصاص إلى الديه[1] وقيل قطعت رجله بالثالث وكذا لو قطع رابعاً.

الشَرح:

كما يستفاد ذلک من صحيحه محمد بن قيس الوارده فى القصاص من الأعور قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام : أعور فقأ عين صحيح فقال: تفقأ عينه، قلت: يبقى أعمى، قال: الحقّ أعماه»(1)، فإنّ ظاهرها أنّ الأعور يقتصّ منه بالعين الصحيحه ولو كانت الصحيحه خلاف العين المفقوءه من حيث الطرف.

نعم لو تشاحّا فى الاقتصاص فلا يبعد رعايه الجنايه السابقه لسبق تعلّق حقّه كما لا يبعد أن تكون روايه حبيب ناظره إلى ذلک وإلاّ فلو كان حقّ الثانى متعلّقاً بيده اليسرى لم يكن له قطع اليمنى ولو مع عدم قصاص الأوّل.

ولو قطع اليمنى من شخصين دفعةً وتشاحّا فى الاقتصاص من يمناه فلا يبعد الرجوع إلى القرعه.

[1] المستند فى ذلک روايه حبيب السجستانى المتقدّمه، حيث ورد فيها «فإنّه تؤخذ لهم حقوقهم فى قصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يد والرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد» حيث إنّ مقتضاها قطع الرجل ممن لا يد له فى اقتصاص من جنايه اليد.

وحيث إنّ الروايه فى سندها ضعف ويعتبر فى القصاص المماثله ولا يعدّ قطع الرجل مماثلاً للجنايه بقطع اليد فلفوات مورد القصاص ينتقل الأمر إلى الديه ولكن بناءً على العمل بالروايه انتفاء مورد القصاص يكون بعد قطع اليدين والرجلين من الجانى.

وقدّ ادّعى عدم ضعفها سنداً فإنّها قد وصفت فى كلمات بعض الأصحاب بالصحيحه وإن حمل الوصف بعضهم على كون الروايه صحيحه إلى حبيب التى يعبّر

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 15 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 134.

أمّا لو قطع ولا يد له ولا رجل كان عليه الديه لفوات محلّ القصاص[1].

الشَرح:

عنها بالصحيح عن فلان، وقد ذكر فى الجواهر(1) انّ حمل توصيفهم على اطلاعهم بحال حبيب أولى من حمله على الصحيح إليه، مع أنّه قد ورد فى حقّ حبيب مدح فتكون الروايه حسنه والمدح ما ذكر الكشّى عن العياشى من أنّه كان شادياً [يعنى من الخوارج] ثمّ دخل فى هذا المذهب وكان من أصحاب أبى جعفر وأبى عبداللّه عليهماالسلام وكان منقطعاً إليهما»(2) أضف إلى ذلک عمل المشهور بالروايه، ولو كان فيها ضعف لكان عملهم جابراً لها. ولكن لا يتمّ شىء من ذلک، فإنّ التوصيف فى كلام بعض الأصحاب لا يفيد شيئاً مع عدم ثبوت التوثيق بوجه معتبر ولا يستفاد من كلام العيّاشى إلاّ كونه صار إمامياً ومنقطعاً إلى الإمامين عليهم السلام وعمل المشهور غير محرز كما يظهر ذلک عن تعبير الماتن قدس سره .

نعم، ذكر الشهيد الثانى قدس سره أنّه قد عمل بها الأكثر، ولعلّ بعضه استظهر ذلک من موثقه إسحاق بن عمّار الوارد فيها: قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: تقطع يد الرجل ورجلاه فى القصاص»(3)، ولكن ظاهر هذه أنّ قطع اليد والرجل فى القصاص غير قطعهما فى حدّ السرقه حيث لا تقطع كلا اليدين والرجلين فى الحدّ، ولكن يقطع كلّ من اليدين والرجلين فى القصاص.

[1] فإنّه بناءً على العمل بروايه حبيب المتقدّمه فالأمر ظاهر فإنّه قد ورد فيه اإنّما تجب الديه إذا قطع يد رجل وليس للقاطع يدان ورجلان فثّم ستجب عليه الديه، لأنّه ليس له جارحه يقاص منها وكذا بناءً على ما ذكرنا من أنّه مع عدم اليدين للقاطع ينتقل

1- (1) جواهر الكلام: 42/121.
2- (2) راجح المعجم: 5/205، رقم 2581.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 130.

ولو قتل العبد حرّين[1] على التعاقب كان لأولياء الأخير، وفى روايه أخرى يشتركان فيه ما لم يحكم به للأول، وهو أشبه، ويكفى فى الاقتصاص أن يختار الولى استرقاقه ولو لم يحكم له الحاكم، ومع اختيار ولىّ الأول لو قتل بعد ذلک كان للثانى.

الشَرح:

الأمر إلى الديه فى قطع اليمنى أو اليسرى من ثالث، لأنّ كلّ مورد لم يمكن القصاص من الجانى ينتقل الأمر إلى الديه، كما يظهر ذلک، مما ورد فى موت القاتل قبل القصاص منه أو فراره، وما ورد فى موارد تخلّف شرط القصاص، إلى غير ذلک.

[1] إذا قتل العبد حرّين دفعه كان العبد بين أوليائهما فإن شاؤوا استرقّوه فيكون عبداً لهم وإن أرادوا القصاص قتلوه وإن أراد أحدهما القصاص كان له ذلک، وإن لم يرض الآخر به فبقصاص أحدهما ينتفى الموضوع لحقّ الثانى، لأنّ جنايه العبد فى رقبته.

وعلى الجمله، ثبوت حقّ القصاص لكلّ من الوليين على سبيل الاستقلال كما هو مقتضى ما دلّ على أنّ العبد يقتل بالحرّ وبضميمه ما دلّ على أنّ جنايه العبد فى رقبته ينتفى بقصاص أحد الوليين موضوع الحقّ للثانى وهذا بخلاف ما لو استرقّه أحدهما، فإنّه إذا اختار الآخر أيضاً استرقاقه يكون بينهما، لأنّ الاسترقاق ثابت للثانى أيضاً من ملک مولاه قبل الجنايه، كما إذا اختار القصاص جاز له ذلک كما تقدّم.

وأمّا إذا قتل الحرّين على التعاقب ثبت أيضاً لكلّ من الوليين القصاص منه بنحو الاستقلال، فأىّ منهما بادر إلى القصاص منه انتفى الموضوع لحقّ الآخر، وإذا استرقّه ولىّ المقتول أوّلاً يجوز لولى المقتول الثانى القصاص منه أو استرقاقه، فإن استرقّه يكون العبد بتمامه للثانى إذا كان قتل الأخير بعد استرقاق الولى الأول، حيث إنّ جنايته تكون فى رقبته التى ملک لولىّ المقتول الأوّل.

....

الشَرح:

ويدلّ على ذلک مضافاً إلى کونه على القاعده صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى عبد جرح رجلين قال: «هو بينهما إن کانت جنايته تحيط بقيمته» قيل له: جرح رجلاً فى أوّل النهار وجرح آخر فى آخر النهار؟ قال: «هو بينهما ما لم يحکم الولى فى المجروح الأوّل» قال: «فإن جنى بعد ذلک جنايةً فإنّ جنايته على الأخير»(1).

والمراد من الحکم الأوّل تماميّه استرقاقه من المجنى عليه الأوّل، ولذا ذکر الماتن قدس سره ويکفى فى الاختصاص أن يختار الولى استرقاقه ولو لم يحکم الحاکم، بل المعيار أنّه مع اختيار وليّ الأول استرقاقه إذا قتل الثانى يکون العبد للثانى بأن يختار الثانى قتله أو استرقاقه، وهذا بخلاف ما إذا کانت جنايته على الثانى قبل استرقاق الأول، فإنّه يکون الحکم کما إذا قتلهما دفعةً على ما ذکرنا، ولکن فى روايه على بن عقبه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن عبد قتل أربعه أحرار واحداً بعد واحد فقال: هو لأهل الأخير من القتلى وإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه، لأنّه إذا قتل الأوّل استحقّ أولياءه، فإذا قتل الثانى استحقّ من أولياء الأوّل فصار لأولياء الثانى، فإذا قتل الثالث استحقّ من أولياء الثانى فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع استحقّ من أولياء الثالث فصار لأولياء الرابع إن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا استرقّوه»(2).

وهذه الروايه وإن لم يفرض فيها وقوع الجنايه اللاحقه بعد استرقاق الولى السابق إلاّ أنّه لابدّ من حملها عليه للتقييد الوارد فى الصحيحه السابقه بقوله عليه السلام «فإن جنى بعد ذلک جنايه فإنّ جنايته على الأخير»، أضف إلى ذلک ضعف سندها بالحسن بن أحمد بن سلمه الکوفى فإنّه مجهول.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 45 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 77.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 45 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 77.

الثانيه: قيمه العبد مقسومه[1] على أعضائه كما أنّ ديه الحرّ مقسومه على أعضائه فكلّ ما فيه منه واحد ففيه كمال قيمته كاللسان والذكر والأنف وما فيه اثنان ففيهما كمال قيمته وفى كلّ واحد نصف قيمته وكذا ما فيه عشر ففى كلّ واحد عشر قيمته. وبالجمله الحرّ أصل للعبد فيما له ديه مقدّره وما لا تقدير فيه ففيه الحكومه.

الشَرح:

[1] ذكر أصحابنا أنّ قيمه العبد مقسومه على أعضائه بنسبه قسمه ديه الحرّ على أعضائه، ففى كلّ عضو من الحرّ تمام ديّته كالأنف واللسان والذكر، ففى العبد ديّته تمام قيمته وكلّ عضو من الحرّ اثنان وفى كلّ منهما نصف ديته، ففى العبد نصف قيمته وما يكون فى الحرّ عشر ديته كما فى ديه أصابعه يكون فى العبد عشر قيمته.

نعم هذا إذا لم يتجاوز قيمه العبد ديه الحرّ كما تقدّم، وفى معتبره السكونى: «جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار فى الثمن»(1).

وعلى الجمله، يقال الحرّ أصل للعبد فى الجنايه على العضو ونحوه التى فيها ديه مقدّره، فيحسب فى الجنايه على العبد من قيمته بحسب ديه الحرّ، وأمّا الموارد التى لا تكون فى الجنايه على الحرّ تقدير ففيها الحكومه، ومعنى الحكومه أنّ العبد فيها أصل لديّه الحرّ، حيث يفرض الحرّ عبداً خالياً من ذلک النقص ويقوّم كما يفرض عبداً فيه ذلک النقص فيقوّم ويعيّن نسبه التفاوت بين القيمتين فيؤخذ من ديه الحرّ بتلک النسبه، فتكون ديه الجنايه على الحرّ مقدار تلک النسبه من ديّته.

وقد ذكر أنّ الموارد التى لا تكون فيها تفاوت فى قيمه العبد بتلک الجنايه فيحكم الحاكم فيها بالمقدار الذى رآه صلاحاً فى الحرّ والعبد من التغريم، ولكن فيها ذكروا فى الحكومه كلام يأتى فى باب الديّات إن شاء اللّه تعالى.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 2: 298.

فإذا جنى الحرّ على العبد[1] بما فيه ديته فمولاه بالخيار بين إمساكه ولا شىء له وبين دفعه وأخذ قيمته، ولو قطع يده ورجله دفعةً ألزمه القيمه، أو أمسكه الشَرح:

[1] قد تقدّم أنّه لا يقاصّ من الحرّ بالعبد وأنّ ديه العبد قيمته وأنّ قيمته تقسّط على أجزائه بحسب تقسيط ديه الحرّ على الأعضاء، وعليه فإن قطع الحرّ من العبد ما يكون ديته تمام قيمته كالذكر واللسان يتخيّر مولى العبد بين أخذ تمام قيمه العبد من الحرّ الجانى ودفع العبد المجنى عليه إلى الحرّ الجانى وبين إمساك العبد ولا شىء له بأن يطالب الجانى به. وقد ذكروا اتفاق الأصحاب أو عدم الخلاف فى ذلک. ويستدلّ عليه بأمرين:

الأوّل: موثّقه أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أنف العبد أو ذكره أو شىء يحيط بقيمته أنّه يؤدّى إلى مولاه قيمه العبد ويأخذ العبد»(1)، فإنّ ظاهرها أنّه إذا أعطى قيمه العبد إلى مولاه يؤخذ العبد منه.

والثانى: أنّ قيمه العبد عوضه وإذا أعطى القيمه لمولاه يؤخذ العبد منه لئلا يجتمع المعوضّ والعوض فى ملک.

ولكن فى الاستدلال بالثانى ما لا يخفى، فإنّ القيمه فى الفرض ديه العضو المقطوع لا تعويض عن العبد، والروايه كما عبّرنا موثقه يتعيّن الأخذ بمدلولها وهو أن لمولى العبد إمّا أن يعرض عن استحقاقه قيمه العبد ويمسک بعبده أو يدفعه إلى الجانى ويأخذ قيمته.

وقد ذكر فى كلماتهم للحكم المزبور قيدان:

أحدهم: أن لا يكون الجانى على العبد غاصباً له وإلاّ يأخذ مولاه بقيمته ويمسک بالعبد وعلّل ذلک بأنّ الغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 3: 298.

ولا شىء له، أمّا لو قطع يده فللسيد إلزامه بنصف قيمته[1] وكذا كلّ جنايه لا تستوعب قيمته.

ولو قطع يده قاطع ورجله آخر، قال بعض الأصحاب: يدفعه إليهما[2] الشَرح:

والثانى: أن لا يكون جنايه الحرّ على العبد خطأً محضاً وإلاّ لا يدفع العبد إلى الجانى، لأنّ الديه يعنى قيمه العبد فى القتل خطأً محضاً ليست على الجنانى فلا يلزم من إمساكه محذور. نعم بناءً على تحمّل عاقله الجانى ديه العبد لابدّ من دفعه إلى العاقله.

أقول: ويمكن استفاده الحكم على هذا التقدير من الموثقه أيضاً كما لا يخفى، ومقتضى القاعده أن يمسک مولى العبد المجنى عليه بالعبد ويأخذ قيمته، لأنّ قيمته ديه العضو الذى ذهب بالجنايه، وظاهر موثقه أبى مريم عدم كون الجانى غاصباً حيث ورد فى ذيلها ويأخذ العبد فيؤخذ بمقتضى القاعده فى الخارج عن مورد الروايه وإلاّ فالغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال لم يرد بهذا المضمون فى روايه فيما فحصنا من الروايات المعتبره.

وأمّا تحمّل العاقله جنايه الحرّ على العبد إذا كان خطأ محصناً فيأتى الكلام فيه فى باب الديّات إن شاء اللّه تعالى.

[1] لما أشرنا إلى أنّ ذلک مقتضى القاعده الأوّليه حيث إنّ المدفوع إلى مولى العبد المجنى عليه بدل العضو الذاهب من العبد بالجنايه عليه، ولذا يجرى ذلک فى كلّ جنايه على العبد لا تستوعب قيمه العبد وليس على المولى إلزام الجانى بأخذ العبد فى الفرض وإلزامه بقيمته سالماً كما أنّه ليس للجانى إلزام مولاه بدفع العبد إليه وأخذ قيمته سالماً.

[2] القائل الشيخ قدس سره فى المبسوط وكأنّه استفاد ذلک من موثقه أبى مريم(1)

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث، 3: 298.

ويلزمهما الديه أو يمسكه كما لو كانت الجنايتان من واحد والأولى أن له إلزام كلّ واحد منهما بديه جنايته ولا يجب دفعه اليهما.

الثالثه: كل موضع نقول يفكّه المولى فإنّما يفكه بأرش الجنايه[1] زادت عن قيمه المملوک الجانى أو نقصت، وللشيخ قول آخر: أنّه يفديه بأقلّ الأمرين والأول مروى.

الشَرح:

المتقدمه وأن مولى العبد أو الأمه إذا استوفى تمام القيمه لزم عليه تسليم العبد أو الأمه إلى من استوفى منه تمام القيمه كان واحداً أو أزيد فيكون كما إذا كانت الجنايتان من واحد.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الموثقه كون تمام القيمه على الجانى لا على الجنايتين أو أزيد، والحكم الوارد فيها خلاف مقتضى الأصل كما تقدم. فلا يمكن التعدّى عن المفروض فيها وعليه يكون لمولى العبد المجنى عليه إلزام كلّ من الجانيين بنصف القيمه والإمساک بعبده أو أمته بل يمكن أن يلتزم بذلک فيما إذا كان الجانى واحداً ولكن كانت الجنايتان منه على التدريج لا دفعةً حتّى تحسبا جنايه واحده.

[1] كما يدلّ على ذلک ما ورد فى صحيحه أبى ولاّد من قوله عليه السلام : «فإن لم يكن أدّى من مكاتبته شيئاً فإنّه يقاصّ للعبد منه أو يغرم المولى كلّما جنى المكاتب لأنّه عبده ما لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً»(1).

ولكن قد يقال: إنّ مقتضى كون جنايه العبد على رقبته انّ اللازم على مولاه فى الفداء عن جنايه أقلّ الأمرين من أرش الجنايه أو قيمه عبده الجانى.

وفيه أنّ فداء المولى فكّ رقبه العبد عن جنايه ومقتضى ما ورد فى صحيحه أبى ولاّد انّ الفكّ يكون بأداء أرش جنايه العبد الجانى فلا تنافى بين تعلّق جنايه العبد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب ديات النفس، الحديث 5: 158.

الرابعه: لو قتل عبد واحد عبدين

الرابعه: لو قتل عبد واحد عبدين كان كلّ واحد لمالک فإن اختارا القود قيل: يقدم الأول، لأنّ حقّه أسبق ويسقط الثانى بعد قتله[1]، لفوات محل الاستحقاق.

وقيل يشتركان فيه ما لم يختر مولى الأول استرقاقه قبل الجنايه الثانيه[2]، فيكون للثانى وهو أشبه، فإن اختار الأول المال وضمن المولى تعلّق حقّ الثانى برقبته وكان له القصاص. فإن قتله بقى المال فى ذمّه مولى الجانى ولو لم يضمن ورضى الأول باسترقاقه، تعلّق به حقّ الثانى، فإن قتله سقط حقّ الأول وإن استرقّ

الشَرح:

على رقبته وأن يكون لمولاه فكّ رقبته من جنايته بإعطاء أرشها.

[1] لو قتل عبد شخص عبدين يكون كلّ واحد منهما لمالک دون مالک الآخر وأراد كلّ من المولیين القصاص من العبد الجانى.

قيل: يكون القصاص للمولى الذى قتل عبده أوّلاً وإذا استوفى حقّه بالقصاص ينتفى الموضوع لحقّ مولى العبد المقتول ثانياً، حيث إنّ جنايه العبد على رقبته.

ولكن قد تقدّم سابقاً أنّ لكلّ منهما القصاص منه على سبيل الاستقلال فلا يكون قصاص أحدهما بإذن الآخر فأيّهما بادر إلى القصاص منه يسقط عن الآخر حقّه لعدم الموضوع له، كما أنّه لو استرقّه واحد منهما يكون للآخر أيضاً استرقاقه، لأنّ لكلّ منهما حقّ تملک العين فتكون مشتركه بينهما.

نعم لو كانت الجنايه الثانيه منه بعد أن استرقّه مولى المقتول أوّلاً يكون حقّ القصاص والاسترقاق للثانى فإنّ الاسترقاق تملكّ المملوک من مالكه والمفروض فى جنايته الثانيه صيرورته مملوكاً لمولى المجنى عليه أوّلاً فمولى المجنى عليه الثانى يتلّقى الملک بالاسترقاق من مالكه وقت جنايته.

[2] لّما تقدّم من أنّ ولى المجنى عليه أو مولاه بالاسترقاق يتملّک العبد عن ملک مولاه وقت الجنايه فيكون مشتركاً مع من استرقّه قبله، وبهذا يظهر

أنّه يشترک مع الأول

ص :122

الخامسه: لو قتل عشره أعبد عبداً

اشترک المولیان، ولو قتل عبد عبداً لاثنین فطلب أحدهما القیمه ملک منه بقدر قیمه حصتّه من المقتول[1] ولم یسقط حقّ الثانی من القود مع ردّ قیمه حصه شریکه.

الخامسه: لو قتل عشره أعبد عبداً فعلی کلّ واحد عُشر قیمته، فإن قتل مولاه العشره، أدّی الی مولی کلّ واحد ما فضل عن جنایته. ولو لم تزد قیمه کلّ واحد عن جنایته، فلا ردّ. وإن طلب الدیه، فمولی کلّ واحد بالخیار، بین فکّه بأرش جنایته، وبین تسلیمه لیسترقّ إن استوعبت جنایته قیمته، وإلا کان لمولی المقتول من کلّ واحد بقدر أرش جنایته، أو یردّ علی مولاه ما فضل عن حقّه، ویکون له. ولو قتل المولی بعضاً جاز، ویردّ کلّ واحد عشر الجنایه، فإن لم ینهض ذلک بقیمه من یقتل أتّم مولی المقتول ما یعوز، أو یقتصر علی قتل من ینهض الرّد بقیمته.

الشَرح:

أیضاً فی جواز القصاص ولکن الاشتراک بمعنی أنّ لکلّ منهما القصاص عن الجانی مستقلاً، فأیّ منهما بدء بالقصاص ارتفع الموضوع لحقّ الثانی، حیث انّ القصاص لیس کالملکیه فی التبعیض. نعم لو استرقّه مولی المجنی علیه ثمّ وقعت الجنایه الثانیه یکون الاسترقاق للثانی.

وإن اختار المولی لأحدهما المال أی قیمه عبده المقتول وضمن المال مولی العبد الجانی یکون اختیار القصاص أو الاسترقاق للثانی لارتفاع تعلّق جنایه العبد الجانی عن رقبته بضمان مولاه.

وما فی عباره الماتن من قوله: «فإن اختار الأول المال وضمن المولی تعلّق حقّ الثانی برقبته» لعلّه من باب المثال، فإنه کما ذکرنا لو اختار الثانی المال وضمنه مولی الجانی بقی حقّ الأول علی الجانی من غیر تزاحم.

[1] المراد أنّه إذا قتل عبد شخص عبداً مملوکاً لاثنین یکون لکلّ منهما جواز استرقاق العبد الجانی بمقدار حصّته من العبد المقتول، وإذا طلب أحدهما قیمه ما کان

السادسه: إذا قتل العبد حراً عمداً

السادسه: إذا قتل العبد حراً عمداً، فأعتقه مولاه، صحّ ولم يسقط القود. ولو قيل: لا يصحّ، لئلاّ يبطل حقّ الولىّ من الاسترقاق، كان حسناً. وكذا البحث فى بيعه وهبته. ولو كان خطأً، قيل: يصحّ العتق، ويضمن المولى الديه على روايه عمرو ابن شمر، عن جابر، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، وفى عمرو ضعف. وقيل: لا يصحّ إلاّ أن يتقدّم ضمان الديه أو دفعها.

فروع فى السرايه

الأول: إذا جنى الحرّ على المملوک، فسرت

الأول: إذا جنى الحرّ على المملوک، فسرت إلى نفسه، فللمولى كمال قيمته. ولو تحرّر، وسرت إلى نفسه، كان للمولى أقلّ الأمرين، من قيمه الجنايه و الديه عند السرايه، لأنّ القيمه إن كانت أقلّ فهى المستحقه له، والزياده حصلت بعد الحرّيه، فلا يملكها المولى. وإن نقصت مع السرايه، لم يلزم الجانى تلک النقيصه، لأنّ ديه الطرف تدخل فى ديه النفس. مثل أن يقطع واحد يده وهو رق، فعليه نصف قيمته، فلو كانت قيمته ألفاً، لكان على الجانى خمسمائه. فلو تحرّر، وقطع آخر يده، وثالث رجله، ثم سرى الجميع، سقطت ديه الطرف، وتثبت ديه النفس، وهى ألف، فيلزم الأول الثلث، بعد أن كان يلزمه النصف، فيكون للمولى الثلث، وللورثه الثلثان من الديه، وقيل: له أقلّ الأمرين هنا من ثلث القيمه وثلث الديه، والأول أشبه.

الشَرح:

يملكه من العبد المقتول ولم يدفعها مولى العبد الجانى يسترقّ من العبد الجانى بمقدار حصّته من العبد المقتول وإن اختار شريكه فى العبد المقتول القصاص يجوز له القصاص ولكن مع ردّ قيمه الحصّه التى استرقّها شريكه من العبد الجانى، ولكن فى وجوب الردّ تأمّل لأنّ القصاص كما ذكرنا لا يتبعضّ وثبوت حقّ القصاص مع الردّ فى

الثانی: لو قطع حرّ یده أعتق ثمّ سرت

الثانی: لو قطع حرّ یده أعتق ثمّ سرت، فلا قود، لعدم التساوی، وعلیه دیه حرّ مسلم، لأنّها جنایه مضمونه، فکان الاعتبار بها حین الاستقرار، وللسیّد نصف قیمته وقت الجنایه، ولورثه المجنی علیه ما زاد. ولو قطع حرّ آخر رجله بعد العتق، وسری الجرحان، فلا قصاص علی الأول فی الطرف ولا فی النفس، لأنّه لم یجب القصاص فی الجنایه، فلم یجب فی سرایتها، وعلی الثانی القود بعد ردّ نصف دیته، ولم یسقط القود بمشارکه الآخر فی السرایه، کما لا یسقط بمشارکه الأب للاجنبی، ولا بمشارکه المسلم الذمّی فی قتل الذمّی.

الثالث: لو قطع یده وهو رقّ، ثمّ قطع رجله وهو حرّ

الثالث: لو قطع یده وهو رقّ، ثمّ قطع رجله وهو حرّ، کان علی الجانی نصف قیمته وقت الجنایه لمولاه، وعلیه القصاص فی الجنایه حال الحریه. فإن اقتصّ المعتق جاز، وإن طالب بالدیه، کان له نصف الدیه، یختصّ به دون المولی. ولو سرتا فلا قصاص فی الاول، لعدم التساوی، وله القصاص فی الرّجل، لأنّه مکافی ء. وهل یثبت القود؟ قیل: لا ، لأنّ السرایه عن قطعین، أحدهما لا یوجب القود، والأشبه ثبوته مع ردّ ما یستحقّه المولی. ولو اقتصر الولی علی الاقتصاص فی الرّجل، أخذ المولی نصف قیمه المجنی علیه وقت الجنایه، وکان الفاضل للوارث، فیجتمع له الاقتصاص وفاضل دیه الید، إن کانت دیتها زایده عن نصف قیمه العبد[1].

الشرط الثانی: التساوی فی الدین

الشرط الثانی: التساوی فی الدین، فلا یقتل مسلم بکافر ذمّیاً کان أو مستأمناً الشَرح:

بعض الموارد ثبت بالدلیل ولم یقم فی المقام دلیل.

[1] إنّما لم نذکر هنا ما یتعلّق بأحکام العبید لأنّا تعرضّنا سابقاً لأحکام الإماء والعبید فی أبواب مختلفه، فلیراجع فی محلّه.

ص :125

أو حربياً، ولكن يعزّر ويغرّم[1] ديه الذمى وقيل: ان اعتاد قتل أهل الذمّه جاز الإقتصاص[2] بعد ردّ فاضل ديته.

الشَرح:

[1] بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلک جمله من الروايات:

منها: صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لا يقاد مسلم بذمّى فى القتل ولا فى الجراحات ولكن يؤخذ من المسلم جنايته للذمّى على قدر ديه الذمّى ثمانمائه درهم»(1).

وفى صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلت له: رجل قتل رجلاً من أهل الذمّه، قال: «لا يقتل به إلاّ أن يكون متعوّداً للقتل»(2).

وفى موثقته قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المسلم هل يقتل بأهل الذمّه قال: لا ، إلاّ أن يكون معوّداً لقتلهم فيقتل وهو صاغر»(3). إلى غير ذلک مما ورد فى قتل المسلم الذمّى.

وأمّا قتله المستأمن والحربى فلا ينبغى التأمّل فى أنّ المسلم لا يقتل بهما، أمّا الحربى فظاهر لعدم حرمه قتله، وأمّا المستأمن فإنّه لا يزيد على الذمّى حيث إنّ الذمّى مستأمن مع زياده على استيمانه كما هو ظاهر.

وأمّا ما ذكره قدس سره من التعزير فهو يجزى فى قتل الذمى والمستأمن دون الحربى، حيث انّ التعزير يجرى فى موارد المعصيه والمعصيه مختصّه بقتل الذمّى والمستأمن إلاّ أن يكون فى قتل الحربى مفسده أخرى يحرم على المسلم إدخال نفسه أو غيره فى تلک المفسده.

[2] وينسب جواز قتل المسلم بالذمّى إذا كان المسلم متعوّداً لقتل الذمّى، نظير ما

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 5: 80.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب ديات النفس، الحديث 7: 80.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب ديات النفس، الحديث 6: 80.

....

الشَرح:

تقدّم من جواز قتل الحرّ بالعبد إذا كان متعوداً بقتل العبيد. وفى صحيحه عبداللّه بن مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام «إذا قتل المسلم يهوديّاً أو نصرانيّاً أو مجوسيّاً فأرادوا أن يقيدوا ردّوا فضل ديه المسلم وأقادوه»(1).

ولكن نوقش فى هذه الروايه ومثلها بأنّه لم يفرض فيها تعوّد المسلم لقتل الذمّى، كما هو الحال فى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قتل المسلم النصرانى فأراد أهل النصرانى أن يقتلوه قتلوه وأدّوا فضل ما بين الديتن»(2)، فلابدّ من حملهما على التقيه، لأنّ جواز القصاص من المسلم بقتله الذمّى مذهب بعض العامّه، منهم أبو يوسف الذى قال الشاعر فيه ما قال.

وأمّا ما ورد فى صحيحه إسماعيل الهاشمى وموثّقته من قتله إذا كان متعوّداً فهو أجزاء الحدّ عليه لا من القصاص للمسلم للكافر، ومع القتل حدّاً لا مورد لردّ فضل الديه كما عن العلامّه قدس سره .

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر الاستثناء فى الصحيحه والموثّقه الاستثناء عن عدم القصاص من المسلم بقتله الكافر، وفى صوره التعوّد يثبت القصاص، وبهذا يحمل اطلاق صحيحه عبداللّه بن مسكان وصحيحه أبى بصير على صوره التعوّد، فيثبت القصاص مع ردّ فاضل الديه كما عليه المشهور.

ومثل صحيحتى عبداللّه بن مسكان وأبى بصير موثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل قتل رجلاً من أهل الذمّه فقال: هذا حديث شديد لا يحتمله

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب ديات النفس، الحديث 2: 79.
2- (2) الوسائل: ج 29، الباب 47، ص 108، روايه 35273.

....

الشَرح:

الناس ولكن يعطى الذمى ديه المسلم ثمّ يقتل به المسلم»(1)، والمراد الفضل بين الديتين كما فى صحيحه أبى بصير الأخرى أيضاً، قال: «سألته عن ذمّى قطع يد مسلم قال: تقطع يده إن شاء أولياؤه ويأخذون فضل ما بين الديتين وإن قطع المسلم يد المعاهد خيّر أولياء المعاهد فإن شاؤوا أخذوا ديه يده وإن شاؤوا قطعوا يد المسلم وأعطوا إليه فضل ما بين الديتين وإذا قتله المسلم صنع كذلک»(2).

ثمّ انّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ثمانمائه درهم كما ورد ذلک فى صحيحه ابن مسكان المتقدّمه وفى صحيحه ليث المرادى وعبدالأعلى بن أعين جميعاً عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليهودى والنصرانى ثمانمائه درهم»(3) ونحوهما غيرهما.

ولكن ورد فى بعض الروايات أنّ ديه هؤلاء أربعه آلاف درهم، وهذا فى روايتين أحدهما مرسله الصدوق قدس سره حيث قال فى الفقيه: «وروى أنّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى أربعه آلاف درهم لأنّهم أهل الكتاب»(4).

ولكن فى الأخرى وهى روايه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليهودى والنصرانى أربعه آلاف درهم وديه المجوسى ثمانمائه درهم، وقال أيضاً: انّ للمجوس كتاباً يقال له جاماس»(5).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 79.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 22 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 138.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 10: 162.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 12: 162.

5- (5) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 4: 163.

....

الشَرح:

وورد فى بعض الروايات انّ ديه هؤلاء ديه المسلم وهذا أيضاً فى روايتين أحدهما صحيحه أبان بن تغلب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ديه المسلم»(1).

والأخرى صحيحه زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من أعطاه رسول اللّه صلى الله عليه و آله ذمه فديّته كامله قال زراره: فهؤلاء؟ قال أبو عبداللّه عليه السلام : «هؤلاء من أعطاهم ذمّه»(2).

وقد جمع الشيخ قدس سره بين الطائفتين الأخيرتين وبين ما دلّ على أنّ ديتهم ثمانمائه درهم بأنّ ما دلّ على ثمانمائه درهم ناظر إلى قتل غير المتعوّد والطائفتين على قتل المتعوّد وانّ الإمام مخيّر بين تغريم المتعوّد بديّه كامله أو بأربعه آلاف درهم، وذكر انّ موثقه سماعه تشهد لهذا الجمع. قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مسلم قتل ذمّياً، قال: هذا شىء شديد لا يحتمله الناس، فليعط أهله ديه المسلم حتى يتكل عن قتل أهل السواد وعن قتل الذمى، قال: لو انّ مسلماً غضب على ذمّى فأراد أن يقتله ويأخذ أرضه ويؤدّى إلى أهله ثمانمائه درهم إذاً يكثر القتل فى الذمّيين ومن قتل ذمّياً ظلماً فإنّه ليحرم على المسلم أن يقتل ذمّياً حراماً ما آمن بالجزيه ولم يجحدها»(3).

ولكن لا يخفى انّ ما عيّن ديّتهم فى أربعه آلاف درهم ضفيف سنداً بالإرسال ووقوع البطائنى فى سند الثانى.

وأمّا الروايتان الدالتان على أنّ ديّتهم ديه المسلم، فتحملان على التقيّه فإنّها مذهب جماعه من العامّه ولا دلاله فى موثقه سماعه على أنّ مقدار ديه المسلم محموله

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 2: 163.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 3: 163.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 3: 163.

ويقتل الذمى بالذمّى وبالذمّيه بعد ردّ فاضل الديه[1] والذمّيه بالذمّيه وبالذمّى من غير رجوع عليها بالفضل، ولو قتل الذمّى مسلماً عمداً دفع هو وماله إلى أولياء المقتول وهم مخيّرون بين قتله واسترقاقه[2].

الشَرح:

على صوره التعوّد، بل ظاهرها أيضاً إنكار كون الديه ثمانمائه درهم، بل على القاتل إعطاء ديه المسلم لئلا يكثر قتل الذمى وأهل السواد.

[1] إذا قتل الذمى ذمّياً سواء كان كلاهما على دين واحد أم كانا مختلفين يقتل أحدهما قصاصاً لقتله الآخر عمداً كما هو مقتضى قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(1)، وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: يقتصّ اليهودي والنصرانى والمجوسى بعضهم من بعض ويقتل بعضهم بعضاً إذا قتلوا عمداً(2).

وإذا قتل الذمّى الذمّيه يجوز لأولياء الذمّيه القصاص من الذمّى القاتل إذا أدّوا إليه فضل ديّته وإلاّ قبلوا ديه الذمّيه التى هى نصف ديه الذمّى. ويشهد لذلک الاطلاق فى مثل صحيحه ابن مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا قتلت المرأه رجلاً قتلت به، وإذا قتل الرجل المرأه فأرادوا القود أدّوا فضل ديه الرجل على ديه المرأه وأقادوه بها وإن لم يفعلوا قبلوا الديه ديه المرأه كامله»(3)، فإنّها تعمّ ما إذا قتل الذمّى الذمّيه ونحوها غيرها.

ومما ذكر يظهر أنّه لو قتل الذمّى الكافر المحقون الدم عمداً كالمستأمن والمعاهد يقتل به كما هو مقتضى إطلاق الآيه والمعتبره.

[2] بلا خلاف ظاهر أو منقول، ويشهد لذلک صحيحه ضريس الكناسى عن

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 48، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 81.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 23، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 59.

وفی استرقاق ولده الصغار تردّد، أشبهه بقاؤهم علی الحریّه[1] ولو أسلم قبل الاسترقاق لم یکن لهم إلاّ قتله[2] کما لو قتل وهو مسلم، ولو قتل الکافر کافراً الشَرح:

أبی جعفر علیه السلام «فی نصرانی قتل مسلماً فلما أخذ أسلم، قال: أقتله به قیل: وإن لم یسلم قال: یدفع إلی أولیاء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا عفوا وإن شاؤوا استرقّوا قیل: وإن کان معه عین (مال)؟ قال: دفع إلی أولیاء المقتول هو وماله»(1).

وفی صحیحه عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السلام «فی نصرانی قتل مسلماً فلما أخذ أسلم، قال: اقتله به، قیل: وإن لم یسلم قال: یدفع إلی اولیاء ألیاء المقتول هو وماله»(2).

وقد یقال إنّ قتله واسترقاقه وأخذ أمواله لخروجه عن أهل الذمّه ودخوله فی الحربی، ولکن لا یخفی أنّه لو کان الأمر کذلک لکان استرقاقه وأخذ ماله جایزاً لکلّ أحد لا لخصوص أولیاء المقتول کما هو ظاهر الصحیحتین، کما لا یخفی.

[1] والوجه فی ذلک أنّ ما دلّ علی دفع الذمی وماله إلی أولیاء المسلم المقتول لم یذکر فیها استرقاق ولده الصغار، ومقتضی عقد الذمّه مع الذمّی القاتل کونهم احراراً وما عن المفید وسلار وابن حمزه من استرقاق اطفاله الصغار أیضاً للتبعیّه بعد خروجه عن أهل الذمّه ودخوله فی أهل الحرب ومن احکام أهل الحرب استرقاق اطفالهم.

لا یخفی ما فیه، فإنّ مجرّد القتل لا یوجب خروجه عن أهل الذمّه، ولذا لا یجوز أن یسترقّ الذمّی القاتل غیر أولیاء المسلم المقتول وجواز استرقاقه لأولیائه حکم شرعی کما ذکرنا. وعلی الجمله المخرج عن الذمّه عصیانه بامتناعه عن إعطاء الجزیه وجحودها کما ورد ذلک فی موثقه سماعه المتقدمه.

[2] کما یدلّ علی ذلک صحیحه ضریس الکناسی المتقدّمه عن أبی جعفر علیه السلام

1- (1) الوسائل: ج 49، الباب 48 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 81.
2- (2) التهذيب: ج 10، الرقم 50 / ص 190.

وأسلم القاتل لم يقتل به[1] والزم الديه إن كان المقتول ذا ديه.

ويقتل ولد الرشدّه بولد الزانيه[2] لتساويهما فى الإسلام.

الشَرح:

حيث ورد فيها فى نصرانى قتل مسلماً فلما أخذ أسلم، قال: اقتله به، ونحوها صحيحه الأولى: لو قطع مسلم يد ذمّى عمداً فأسلم وسرت إلى نفسه فلا قصاص عبداللّه بن سنان.

[1] لأطلاق قوله عليه السلام فى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام «لا يقاد مسلم بذمّى فى القتل ولا فى الجراحات، ولكن يؤخذ من المسلم جنايته للذمّى على قدر ديه الذمّى ثمانمائه درهم»(1)، وظاهرها كما سيأتى أنّه لا يقاد المسلم عند القود بذمّى.

[2] والوجه فى ذلک أنّ الولد تابع للأبوين أو أشرفهما فى الإسلام سواء كان الولد بالوطى الحلال أو بالزنا، ولذا يترتب على ولد الزنا جميع أحكام الولد، غايه الأمر لا توارث فى الزنا، وعليه لو قتل ولد الرشيده وهو بالغ رشيد ولد الزنا يكون على القاتل القود كما فى قتله ولد الحلال.

والقول بكفر ولد الزنا كما هو المنسوب إلى بعض الأصحاب ضعيف كما أنّ الاعتبار فى الحكم بإسلامه بتوصيفه الإسلام بعد بلوغه أو حال تمييزه أيضاً بلا موجب وما ورد فى إنّ ديّته ثمانمائه درهم الظاهر فى إلحاقه بالكافر الذمّى لضعف سنده لا يمكن الإعتماد عليه مع إنّ إلحاقه فى الخطأ بالكافر لا يلائم إلحاقه به فى قتله عمداً.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 5: 80.

مسائل من لواحق هذا الباب

الاولى: لو قطع مسلم يد ذمى عمداً، فاسلم وسرت الى نفسه فلا قصاص ولاقود[1]، وكذا لو قطع يد عبد ثمّ اعتق وسرت، لأنّ التكافوء ليس بحاصل وقت الجنايه وكذا الصبى لو قطع يد بالغ ثمّ بلغ وسرت جنايته لم يقطع، لأنّ الجنايه لم تكن موجبه للقصاص حال حصولها، تثبت ديه النفس، لأنّ الجنايه وقعت مضمونه وكان الاعتبار بأرشها حين الاستقرار.

الشَرح:

[1] لا يخفى أنّ فى اشتراط التساوى فى الدين وأنّ المسلم لا يقتل بذمّى لعبره بحال الاقتصاص، ولذا تقدّم أنّ الذمّى إذا قتل الذمّى ثمّ أسلم القاتل لا يجوز قتله قصاصاً، بل يكون عليه ديه الذمّى فإنّ ظاهر قولهم عليه السلام «لا يقتل المسلم بذمّى» هو اعتبار زمان الاقتصاص إلاّ أنّ مع ذلک إذا قطع مسلم يد ذمى عمداً وأسلم الذمّى وسرت جنايته إلى نفسه لا يقتل المسلم قوداً على النفس كما لا يقطع يده قصاصاً عن الطرف بل يكون عليه ديه نفس المسلم، وذلک لم تقدّم من أنّ القصاص إنّما يترتّب إذا تعمّد قطع يد المسلم أو قتل نفسه وفى الفرض لم يقصد القاطع لا قطع يد المسلم ولا قتل نفسه فيكون عليه ديه النفس.

ومن هنا يظهر الحال إذا قطع الصبى يد بالغ ثمّ بلغ وسرت جنايته إلى النفس حيث يكون ديه النفس على عاقلته فإنّ عمد الصبى يحسب من الخطأ المحض.

ومما ذكرنا يظهر انّ ما علّل الماتن قدس سره عدم القصاص بأنّ التكافؤ ليس بحاصل وقت الجنايه غير صحيح، بل الصحيح ما ذكرنا من أنّ القصد للجنايه الموجبه للقصاص لم يحصل وقت الجنايه وإلاّ فالتكافؤ معتبر وقت الاقتصاص.

ويدلّ على أنّ عمد الصبى يحسب خطأً محضاً صحيحه محمد بن مسلم، قال: «عمد الصبى وخطأه واحد»(1)، وموثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 2: 307.

الثانيه: لو قطع يد حربى أو يد مرتد فأسلم ثمّ سرت فلا قود ولا ديه، لأنّ الجنايه لم تكن مضمونه[1] فلم تضمن سرايتها، ولو رمى ذمّياً بسهم فأسلم ثمّ أصابه فمات

الشَرح:

كان يقول: «عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله»(1).

ومما ذكرنا ظهر أيضاً ما إذا قطع المسلم يد العبد ثمّ اعتق وسرت الجنايه إلى نفسه حيث يكون على القاطع الحرّ الديه حيث لم يقصد قطع يد الحرّ كما لا يخفى.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو قطع المسلم يد حربى عمداً أو يد مرتدّ ملّى عمداً فأسلم الحربى أو المرتد ثمّ مات بالسرايه فلا يكون فى البين قصاص لا من يد المسلم ولا من نفسه بل لا ديه على المسلم القاطع لأنّ جنايته على الحربى أو المرتد لم تكن مضمونه حال حدوثها لا بالقود ولا بالديه، فلا يضمن أيضاً سرايته، نظير ما إذا قطع يد السارق حدّاً أو يد شخص قصاصاً فسرت فمات السارق أو المقتص منه.

أقول: أمّا عدم القصاص من قطع يد الحربى أو المرتد وكذا عدم القصاص من سرايه القطع ولو بعد إسلامهما ظاهر، فإنّه لم يقصد عند القطع قطع يد المسلم ولا قتله وإنّما قصد يد الحربى أو المرتد.

وأمّا عدم ثبوت ديه النفس فلا يمكن المساعده عليه، فإنّه بقطع يد أحدهما وسرايه الجراحه كما هو الفرض يستند قتله إلى قاطع اليد، فقاطعها قد قتل مسلماً من غير تعمّد إلى قتله فيكون عليه ديّته وعدم الضمان فى سرايه الجراحه الحاصله بالحدّ أو السرايه فى الفرض غير منفى فيها الضمان فيدخل فيما دلّ على أنّ من قتل نفساً فعليه ديّتها.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 3: 307.

فلا قود وفيه الديه[1]. وكذا لو رمى عبداً فأعتق وأصابه فمات أو رمى حربياً أو مرتداً فأصابه بعد إسلامه فلا قود وتثبت الديه، لأنّ الاصابه صادفت مسلماً محقون الدم.

الثالثه: إذا قطع المسلم يد مثله فسرت مرتداً سقط القصاص فى النفس[2] [ولا

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّه لو رمى بسهم ذمّياً ولكن الذمّى أسلم قبل إصابه السهم إيّاه فأصابه مسلماً ومات فلا قود، ولكن تثبت ديه النفس، وكذلک إذا رمى بسهم عبداً فاعتق قبل إصابته ثمّ أصابه حرّاً فلا يكون فى البين قود، ولكن تثبت أيضاً ديه النفس.

أقول: أمّا عدم القود فقد ظهر الوجه فيه مما تقدّم، لأنّ الرامى لم يقصد قتل المسلم أو قتل الحرّ، وأمّا ثبوت الديه فإنّ الرامى هو القاتل فى الفرض، فيكون عليه ديه المسلم حيث إنّه قتل المسلم من غير تعمد إلى قتله.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لو رمى كافراً أو مرتداً فأصابه السهم القاتل بعد إسلامهما لا تثبت القود حيث إنّه لم يقصد برميه قتل المسلم ولكن تثبت الديه المسلم حيث إنّه قتل المسلم من غير تعمد إلى قتل المسلم فتثبت الديه.

ونظير ذلک ماإذا حفر بئراً فى طريق حربى أو مرتد ليقع فيه فيموت وأسلم قبل وقوعه فيه فإنّه يثبت الديه لا القود وربما يخطر بالبال عدم الفرق بين الرمى حال كفره أو ارتداده وإصابه السهم بعد إسلامه. وبيّن ماتقدّم فى كلام الماتن من أنّه لو قطع يد الحربى أو المرتد ثمّ أسلمنا قبل السرايه، ولكن بينهما فرق وإن لم يكن فارقاً على ما ذكرنا وهو الرمى مع إصابته يحسب جنايه، وعدم ضمان الجنايه فى السابق أوجب عدم ضمان سرايته بخلاف المقام فإنّ الجنايه فى الفرض مضمونه عند وقوعها أى أصابه السهم.

[2] ذكر قدس سره أنّه لو قطع مسلم يد مسلم آخر عمداً فسرت جنايه اليد حال ارتداد

ص :135

يسقط القصاص فى اليد، لأنّ الجنايه به حصلت موجبه للقصاص فلم تسقط باعتراض الارتداد ويستوفى القصاص فيها وليّه المسلم فإن لم يكن استوفاه الإمام.

الشَرح:

المقطوع فمات مرتداً ففى هذا الفرض لم يتعلّق على القاطع لا قصاص النفس ولا ديتها، لأنّه لا يقتل المسلم بالكافر ولا ديه للمرتد كالكافر الحربى، ولكن التزم قدس سره انّ قصاص الطرف يتعلّق على الجانى المسلم حيث إنّه قطع يد المسلم عمداً.

وحكى عن المبسوط أنّه لا يتعلّق بالمسلم القاطع قصاص الطرف ولا ديه الطرف أيضاً، لأنّ قصاص الطرف وديته مع السرايه يدخل فى قصاص النفس وديّتها.

وبتعبير آخر مع سرايه الجنايه ليس فى البين إلاّ قصاص النفس وديتها، والمفروض أنّه لا يقتل المسلم بالمرتد وأنّه لا ديه للمرتد وناقش الماتن قدس سره فى هذا الاستدلال بأنّ سقوط قصاص الطرف مع الجنايه عمداً وديته مع الجنايه خطأً فى صوره إمكان فى صوره إمكان استيفاء الجنايه على النفس بالقصاص عن الجانى أو ديه النفس ومع عدم إمكان استيفائها كما هو المفروض فى المقام لمانع طريان الارتداد على المجنى عليه لا موجب لسقوط قصاص الطرف الثابت قبل ارتداده.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ دخول قصاص الطرف وديته فى قصاص النفس وديتها لاتّصاف الجنايه بكونها قتلاً عمداً أو خطأً ولا يختلف هذا الاتصاف بين صوره إمكان قصاص النفس أو أخذ ديتها وعدم إمكانهما.

بل لو اغمض عن ذلک فأيضاً لا مورد فى المفروض لقصاص الطرف فإنّ المستفاد من صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام أنّه لا قود على المسلم من جنايته على غيره لا فى القتل ولا فى الجراحات، حيث قال: عليه السلام «لا يقاد مسلم بذمّى فى

وقال فی المبسوط: الذی یقتضیه مذهبنا أنّه لا قود ولا دیه، لأنّ قصاص الطرف ودیته یتداخلان فی قصاص النفس ودیتها، والنفس ههنا لیست مضمونه وهو یشکل بما أنّه لا یلزم من دخول الطرف فی قصاص النفس سقوط مایثبت من قصاص الطرف لمانع یمنع من القصاص فی النفس، أمّا لو عاد إلی الإسلام فإن کان قبل أن یحصل سرایته ثبت القصاص فی النفس[1] [وإن حصلت سرایه وهو مرتدّ ثمّ عاد وتّمت السرایه حتی صارت نفساً ففی القصاص تردّد أشبهه ثبوت القصاص، لأنّ الاعتبار فی الجنایه المضمونه بحال الاستقرار وقیل لا قصاص، لأنّ وجوبه مستند إلی الجنایه وکلّ السرایه، وهذه بعضها هدر، لأنّه حصل فی حال الردّه ولو کانت الجنایه خطأً تثبت الدیه لأنّ الجنایه صادفت محقون الدم وکانت مضمونه فی الأصل.

الشَرح:

القتل ولا فی الجراحات»(1)، وظاهرها کما تقدّم سابقاً أنّ المجنی علیه إذا کان عند القصاص له کافراً لا یقاد المسلم به.

والمفروض أنّ المجنی علیه ظرف قصاص ولیّه المسلم مرتد.

أضاف إلی ذلک أنّ قصاص الطرف یثبت للمجنی علیه والمجنی علیه الکافر لیس له حقّ قصاص الطرف عن المسلم لینتقل هذا الحقّ إلی وارثه المسلم مع موته مرتداً.

[1] لا فرق بین عوده إلی الإسلام قبل السرایه أو أثناء السرایه فی أنّه فی کلّ منهما إذا کانت الجنایه علی الآخر بقصد قتله أو کانت مسریه إلی النفس فی العاده تعلّق القصاص بالجانی، لأنّه عند تحقّق القتل کان المجنی علیه مسلماً فیکون القود تعلّقه بالمسلم فی مقابل نفس المسلم، فإنّ ظاهر الصحیحه کما تقدّم أنّ المسلم لا یقاد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 5: 80.

الرابعه: إذا قتل مرتد ذمّياً

الرابعه: إذا قتل مرتد ذمّياً ففى قتله تردّد[1] منشأه تحرّم المرتدّ بالإسلام ويقوى أنّه يقتل للتساوى فى الكفر كما يقتل النصرانى باليهودى، لأنّ الكفر كالملّه الواحده، أمّا لو رجع إلى الإسلام فلا قود وعليه ديه الذمى.

الشَرح:

بالكافر، وهذا غير صادق فى الفرض فيؤخذ بالاطلاق فى قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(1).

نعم إذا لم يكن قصده القتل ولم تكن الجراحه مسريه إلاّ اتفاقاً يتعلّق بالجانى الديه على ما تقدّم، وتقدّم أيضاً أنّ ضمان الجنايه يكون باستقرارها والعبره فى القصاص والديه بزمان الاستقرار.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لو كان عند قطع يده مرتداً ثمّ عاد إلى الإسلام عند السرايه يثبت على القاطع ديه النفس بلا فرق بين كون جراحته مسريه عادةً أم لا ، وسواء قصد القتل به أم لا لما تقدّم من أنّه عند الجنايه لم يقصد قتل المسلم بل غايه قصده قتل الكافر.

[1] لا يخفى أنّه وإن قيل بعدم القود على المرتد وتثبت عليه ديه الذمّى كقتل المسلم الذمى، لأنّ للمرتد تحرّماً بالإسلام، ولكن لا يخفى ضعفه وانّ الأظهر تعلّق القود عليه، وذلک فإنّ الثابت هو انّ عند القصاص إذا كان المسلم هو الجانى والكافر هو المجنى عليه فلا يقتل المسلم، كما هو ظاهر صحيحه محمد بن قيس المتقدّمه، وفى غيره يؤخذ بإطلاق قول اللّه سبحانه «النفس بالنفس»(2).

وعلى ذلک فإن عاد المرتد إلى الإسلام بعد قتله الذمّى فلا يقتل به، بل يكون عليه ديه الذمّى، يعنى ثمانمائه درهم ولا يفرق فى ذلک بين كون ارتداده عن ملّه أو فطره لما

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.

الخامسه: لو جرح مسلم نصرانياً

الخامسه: لو جرح مسلم نصرانياً ثمّ ارتدّ الجارح وسرت الجراحه فلا قود، لعدم التساوى حال الجنايه[1]، وعليه ديه النصرانى.

السادسه: لو قتل ذمّى مرتداً قتل به، لأنّه محقون الدم بالنسبه إلى الذمّى، أمّا لو قتله مسلم فلا قود قطعاً[2] وفى الديه تردّد، والأقرب أنّه لا ديه، ولو وجب على

الشَرح:

تقدّم من أنّ عدم قبول توبه الفطرى بالإضافه إلى حدّ الارتداد لا بالإضافه إلى ساير أحكام الإسلام، والمرتد الفطرى بعد إسلامه أيضاً وإن كان غير محقون الدم إلاّ أنّه بالإضافه إلى المسلمين لا الكفار.

[1] قد تقدّم انّ التساوى المعتبر فى القصاص هو حال القصاص، وفى المثال قتل المرتد يكون بإزاء نفس الكافر كما هو مقتضى «النفس بالنفس».

نعم، لا يثبت على المسلم بعد ارتداده إلاّ ديه النصرانى ولا يتعلّق به القود إذا لم يقصد عند جنايته قتله ولم تكن الآله فاتله بأن اتفق السرايه.

[2] لما يظهر مما تقدّم من أنّ المسلم لا يقتل بالكافر والمرتدّ حين القتل محكوم بالكفر بل هو يعنى المرتدّ إذا كان ارتداده فطرياً يكون غير محقون الدم بالاضافه إلى المسلم قطعاً، لجواز قتله لكلّ من سمع منه الارتداد. وما فى كلمات جماعه من أنّ المرتد غير محقون الدم بالإضافه إلى الإمام إنّما يتمّ فى المرتد الملّى مع عدم توبته بعد الاستتابه، هذا بالإضافه إلى القصاص.

وأمّا عدم الديه، فقد يستدلّ بذلک بأنّ الديه تثبت فى قتل اليهودى والنصرانى والمجوسى، وفى قتل غيرهم لم يثبت قصاص ولا موجب للديه.

وأمّا إذا قتل المسلم من وجب قتله حدّاً بالزنا أو اللواط فقد يقال إنّه لا قود على المسلم ولا ديه، كما اختاره فى المتن.

ویستدلّ علی ذلک بروایه سعید بن المسیب «انّ معاویه کتب إلی أبی موسی

ص :139

مسلم قصاص فقتله غير الولى كان عليه القود، ولو وجب قتله بزنا أو لواط فقتله غير الإمام لم يكن عليه قود ولا ديه، لأنّ عليّاً عليه السلام قال لرجل قتل رجلاً وادّعى أنّه وجده مع امرأته: «عليک القود إلاّ أن تأتى ببيّنه».

الشَرح:

الأشعرى انّ ابن أبى الجسرين وجد رجلاً مع امرأته فقتله، فاسأل لى عليّا عليه السلام عن هذا، قال أبو موسى: فلقيت عليّا عليه السلام فسألته . . . إلى أن قال: فقال: «أنا أبو الحسن إن جاء بأربعه يشهدون على ما شهد وإلاّ دفع برمّته»(1)، فإنّها ظاهره فى أنّه إذا أثبت موجب الحدّ الذى قتل لا شىء على القاتل.

نعم، إنّها وارده فى الزنا بزوجته فغايتها التعدّى إلى مرتكب الفجور بأهله كابنته وأمّه مع أنّ السند ضعيف ولا يمكن الاعتماد عليها، ولذا قد يقال بثبوت القود على القاتل فإنّ المرتكب محقون الدم بالإضافه إلى غير الإمام، نظير ما قتل غير الولى من يكون عليه القصاص.

نعم، إذا كان القتل مع انطباق عنوان الدفاع عليه فهو خارج عن مفروض الكلام، كما تقدّم ذلک فى بحث الدفاع.

ويمكن استظهار ذلک من صحيحه داود بن فرقد(2) التى أوردها فى الوسائل بعد حديث سعيد بن المسيب. وعلى الجمله من التزم بعدم القود فى قتل شخص يكون عليه حدّ القتل بالزنا واللواط ونحوهما فعليه إثبات الانصراف فيما دلّ على القصاص على القاتل عن المورد نظير قوله سبحان: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»(3).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 69 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 102.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 69 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3: 102.
3- (3) سوره الاسراء: الآيه 33.

الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أباً

الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أباً[1] فلو قتل ولده لم يقتل به وعليه الكفاره والديه والتعزير، وكذا لو قتله أب الأب وإن علا، ويقتل الولد بأبيه.

الشَرح:

[1] لا يقتل الأب بولده بلا خلاف معروف أو منقول، ويدلّ عليه عدّه من الروايات كموثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: لا يقتل والد بولده إذا قتله ويقتل الولد بالوالد إذا قتله، ولا يحدّ الوالد للولد إذا قذفه ويحّد الولد للوالد إذا قذفه»(1).

وحسنه حمران عن أحدهما عليه السلام قال: «لا يقاد والد بولده ويقتل الولد إذا قتل والده عمداً»(2). وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يقتل ابنه أيقتل به؟ قال: لا»(3). إلى غير ذلک.

وعنوان الوالد بل الأب الوارد فيها يعمّ الأب وأب الأب.

بل يجرى عدم القصاص على الأب فى جنايته على ابنه فى الأطراف أيضاً، وفى صحيحه ظريف بن ناصح عن أمير المؤمنين عليه السلام : وقضى أنّه لا قود لرجل أصابه والده فى أمر يعيب عليه فيه فأصابه عيب من قطع أو غيره ويكون له الديه ولا يقاد(4). وظاهر هذه الصحيحه مضافاً إلى عدم ذهاب دم امرى ء هدراً انتقال الأمر إلى الديه، وأمّا ثبوت الكفّاره فلإطلاق ثبوتها على القاتل عمداً.

كذا لا ينبغى التأمّل فى ثبوت التعزير، فإنّ الموجب له ارتكاب الحرام الذى يعدّ معصيةً كبيره، ويدلّ عليه أيضاً روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يقتل ابنه أو

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 32 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 8: 58.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 32 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 56.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 32 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 56.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 32 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 10: 58.

وكذا الأم تقتل به[1]، ويقتل بها وكذا الأقارب كالأجداد والجدات من قبلها والاخوه من الطرفين والأعمام والعمات والأخوال والخالات.

الشَرح:

عبده قال: لا يقتل به ولكن يضرب ضرباً شديداً وينفى عن مسقط رأسه) (1)، ولكنّها لضعف سندها تصلح للتأييد.

[1] كما عليه المشهور بل لم يحک الخلاف إلاّ عن الاسكافى فإنّه وافق العامّه فى عدم قتل الأم بولدها إلحاقاً لها بالأب، ولكنّه ضعيف، لأنّ القصاص منها مقتضى عموم قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(2)، وقد خرج عنه فى الأب قتل ولده لما تقدم من التسالم والروايات، وأمّا الأم فيؤخذ فيها بمقتضى العموم كما يؤخذ بمقتضاه ما إذا قتل الولد أمّه.

أضف إلى ذلک فيما قتل الولد أمّه صحيحه أبى عبيده، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل أمّه قال: يقتل بها صاغراً ولا أظنّ قتله بها كفاره له ولا يرثها»(3).

ومما ذكرنا يظهر الحال فى قتل الأخ أخاه أو أخته أو قتل الاخت أخاها سواء أكان الأخ أو الاخت من الطرفين أو من طرف الأب الخاصه أو من الأم كما يظهر الحال فى قتل بعض الاقرباء البعض الآخر، فإنّ كلّ ذلک داخل فى العموم المشار إليه.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 32 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 9: 58.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 32 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 9: 58.

فروع

الأول: لو ادّعى اثنان ولداً مجهولاً

الأول: لو ادّعى اثنان ولداً مجهولاً فإن قتله أحدهما قبل القرعه[1] [فلا قود لتحقق الاحتمال فى طرف القاتل، ولو قتلاه فالاحتمال بالنسبه إلى كلّ واحد منهما باقٍ وربما حظر الاستناد إلى القرعه وهو تهجّم على الدم والأقرب الأول.

الشَرح:

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا ادّعى شخص أنّه أب لولد مجهول أبوه يقبل قوله ويلحق به مع احتمال الصدق، وأمّا إذا ادّعى كلّ من الاثنين الابوّه له يقرع بينهما فأىّ منهما أخرجته القرعه يلحق الولد به، وعلى ذلک فإن قتله الشخص المدّعى الأبوه له فى الفرض الأول ينتفى عنه القود كما هو مقتضى لحوق الولد به.

وأمّا إذا قتله المدّعيين، فإن كان قتله قبل الاقراع بين المدّعيين لا يقتل القاتل، لاحتمال كونه أب المقتول فينتقل الأمر إلى أخذ الديه منه، ولو اشتركا فى قتله قبل الاقراع فكذلک ينتفى القصاص عن كلّ منهما، لاحتمال الابوه بالإضافه إلى خصوص كلّ منهما فيشتركان فى أخذ الديه منهما.

ولكن ذكر قدس سره ربما يحتمل الاقراع بعد القتل، فإن أخرج القرعه الأب فإن كان هو القاتل لا يقتص منه وإن كان غيره فيقتصّ منه سواء استقلّ أحدهما فى قتله أو اشتركا فيه، غايه الأمر فى فرض الاشتراک يؤخذ ممّن حكم بأبوتّه نصف الديه ويعطى لمن يقتصّ منه نظير ما وقع القتل بعد إخراج الأب بالقرعه، والماتن قدس سره وإن دفع هذا الاحتمال بأنّه تهجّم على الدماء وانّ الأقرب سقوط القصاص عن القاتل فى صوره وقوعه عن أحدهما وعنهما فى صوره اشتراكهما فى القتل إلاّ أنّه قد يختار الرجوع إلى القرعه أخذاً بما دلّ على أنّها لكلّ أمر مشكل وعدم طلّ دم امرء مسلم ولأنّ الابوه مانعه عن القصاص فلا يعتنى باحتمال المانع مع إحراز المقتضى وليس انتفاء الابوه شرطاً فى القصاص لئلا يحرز المقتضى مع احتمال الابوه.

ولو ادّعياه ثمّ رجع أحدهما وقتلاه توجّه القصاص على الراجع[1] بعد ردّ ما يفضل عن جنايته وكان على الأب نصف الديه وعلى كلّ واحد كفاره القتل بانفراده.

الشَرح:

أقول: لو بنى على سماع دعوى شخص أنّ فلاناً ولده من غير إحراز وطئه امّه فلا دليل على السماع مع معارضه دعواه بدعوى غيره ليحكم عند المعارضه بالاقراع كما يظهرالوجه من ملاحظه ما ورد فى الحمل.

وعليه، فلا مورد للاقراع ليقال بالفرق بين القتل قبل الاقراع أو بعده، بل لو قتله أحد المدعيين يقتصّ منه ولو اشترک المدّعيان فى قتله يقتصّ منهما، لأنّ عموم ما دلّ على أنّ النفس بالنفس يقتضى القصاص من القاتل عمداً والخارج عن ذلک ما إذا كان القاتل أب المقتول، ومقتضى الاستصحاب فى ناحيه عدم الابوه جاريه بالإضافه إلى كلّ من المدعيين فيتمّ الموضوع للقصاص من غير فرق بين كون الابوه مانعه عن القصاص أو كون عدمها شرطاً. مع أنّ الفرق بين كون الابوه مانعه أو عدمها شرطهاً لا يرجع إلى محصّل فى الأحكام بالإضافه إلى موضوعاتها.

ومما ذكرنا يظهر أنّه إذا لم يثبت سماع مجرّد دعوى الابوه ولو مع عدم المعارضه ثبت على المدّعى القاتل القصاص أخذاً بالعموم المزبور بضمّ الاستصحاب فى ناحيه عدم الابوه.

ودعوى أنّ الاعتماد على أنّ الاستصحاب من إراقه الدم بالشبهه كماترى، فإنّ مع إحراز الموضوع ولو بالأصل لا مورد للشبهه، حتّى بناءً على درء الحدود فى مثل ذلک فإنّ القصاص غير الحدّ.

[1] ما ذكره قدس سره مبنى على نفوذ رجوعه وأن نفوذه ليس من جهه نفوذ الاقرار على النفس وإلاّ فلا يسمع الرجوع بالإضافه إلى انتفاء القصاص، لأنّه من قبيل الاقرار

الثانى: ولو ولد مولود على فراش مدعيين له

ولو ولد مولود على فراش مدعيين له كالأمه أو الموطوءه بالشبهه فى الطهر الواحد فقتلاه قبل القرعه لم يقتلا به[1]، لتحقّق الاحتمال بالنسبه إلى كلّ واحد منهما، ولو رجع أحدهما ثمّ قتلاه لم يقتل الراجع، والفرق انّ البنوّه هنا تثبت بالفراش لا بمجرد الدعوى، وفى الفرق تردّد.

الشَرح:

للنفس، بل من جهه انّ الدعوى بالابوه غير مسموعه إذا تعقّبها الانكار، وعليه فيثبت القصاص على الراجع ويكون على الآخر المشترک فى قتله نصف الديه، لانتفاء القصاص عنه، ويجب على كلّ واحد من الراجع وغيره كفاره القتل لانفراده، كما هو الحال فى ساير موارد القتل عمداً بالاشتراک لصدق على فعل كلّ منهما.

هذا كلّه فى ولد التداعى عند الماتن وغيره بأن لا يكون مثبت للابوه والوليديه غير الدعوى من شخصين، وبناءً على ما ذكرنا يقتصّ من كلّ من المدعى والراجع عن دعواه، أمّا من المدعى فلما تقدّم، وأمّا من الراجع لنفوذ إقراره عليه وكون رجوعه إقراراً على نفسه بتعلّق القصاص به، فلا حاجه فى القصاص عنه إلى ضمّ الاستصحاب فى عدم كونه أباً للمقتول.

ومما ذكرنا يظهر ثبوت الكفاره يعنى كفاره قتل العمد على كلّ منهما، لصدق أنّه قتل عمداً، وكذا بناءً على ما ذكروه من نفى القصاص للشبهه، فإنّ المنتفى بالشبهه القصاص لا الكفّاره.

وعلى الجمله فإن أراد وارث المقتول قتل كلّ من المدعيين قصاصاً فعليه ردّ نصف الديه على كلّ منهما على ما تقدّم من القصاص من المشتركين فى القتل.

نعم إذا علم بأنّ الولد لأحدهما فيجرى عليه ما يأتى فى المتولد على فراش مدعيين له.

[1] إذا أتت المرأه بولد عندما كانت على فراش مدّعيين كالأمه المشتركه بين

ص :145

....

الشَرح:

اثنين وقعا عليها، وادّعى كلّ منهما أنّ الولد له، فإنّه مع إمكان لحوق الولد بكلّ منهما يقرع بينهما فإن أخرج السهم أحدهما يلحق الولد به ويضمن للآخر نصيبه من الأمه ونصيب تقويم الولد.

ويشهد لذلک صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «بعث رسول اللّه صلى الله عليه و آله عليّاً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم: حدّثني بأعجب ما ورد عليک، فقال: يا رسول اللّه أتأنى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جمعهم فى طهر واحد فولدت غلاماً فاحتجّوا فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبهم، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : ليس من قوم تقارعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلى اللّه إلاّ خرج سهم المحقّ»(1).

وكذا إذا وقع المتعدّدون على امرأه فى طهر واحد بالشبهه فولدت ولداً يمكن إلحاقه بكلّ منهم، كما يشهد بذلک صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا وقع الحرّ والعبد والمشرک على امرأه فى طهر واحد وادّعوا الولد أقرع بينهم وكان الولد للذى يقرع»(2).

ومقتضى الصحيحتين خصوصاً ما ورد من بيان الكبرى فى الأولى عدم الفرق فى الرجوع إلى القرعه بين ما وقع القتل قبل القرعه أو بعدها. نعم مع رجوع أحدهما عن دعواه قبل القرعه يمكن دعوى أنّ الرجوع إذا كان بعد القتل بل إذا كان قبله يكون قتل الراجع للأخذ بإقراره على نفسه، فإنّ القرعه فى المقام لم يعين الأب ويسمع دعوى الآخر بكون الولد له مع فرض الفراش، كما هو المفروض فى المقام.

1- (1) الوسائ: ج 18، الباب 13 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 6: 188.
2- (2) الوسائ: ج 18، الباب 13 من أبواب كيفيه الحكم، الحديث 1: 187.

الثالث: ولو قتل الرجل زوجته هل يثبت القصاص لولدها منه

ولو قتل الرجل زوجته هل يثبت القصاص لولدها منه، قيل لا ، لأنّه لا يملك أن يقتصّ من والده، ولو قيل: يملك هنا أمكن اقتصاراً بالمنع على مورد النص[1].

وكذا البحث لو قذفها الزوج ولا وارث إلاّ ولده منها، أمّا لو كان لها ولد من غيره فله القصاص بعد ردّ نصيب ولده من الديه وله استيفاء الحدّ كاملاً.

الشَرح:

نعم، إذا كان الراجع زوجاً للموطوءه وفرض دخوله بها فلا ينتفى الولد عنه بمجرّد الرجوع بل يحتاج نفيه إلى اللّعان، وكذا فى رجوع ولى الأمه التى وطأها، كما لا يخفى.

[1] ولو قتل الرجل زوجته ففى جواز قصاص ولدها من أبيه كلام.

فقد يقال بعدم الجواز، لأنّ الولد لا يجوز له القصاص من أبيه، كما إذا قطع الأب يد ابنه عمداً، حيث ليس للولد إلاّ أخذ ديه من أبيه. ففى الفرض أيضاً لا يثبت له حقّ القصاص من أبيه.

وقد يقال إنّه لا يقتل الأب بقتله الولد كما أنّه ليس للولد القصاص من أبيه من الجنايه على طرفه، وأمّا أنّه لا يثبت له القصاص من أبيه إذا قتل مورّثه كالأمّ فى الفرض، فلا يدخل ذلک فى شىء من الموردين.

ولكن مع ذلک، الأظهر عدم جواز القصاص له من أبيه حتّى فى الفرض، لما ورد فى قذف الرجل زوجته الميته بأنّه ليس لولده حقّ القذف على أبيه، وبتعبير آخر كما ورد فى أنّ الأب لا يقذف بقذفه الأبن ومع ذلک قد طبق الإمام عليه السلام تلک الكبرى على ما انتقل حقّ القذف إلى الأبن لموت زوجته المقذوفه كذلک ينطبق قوله لا يقتل الأب بالأبن ولا يثبت للأبن القصاص من أبيه فى المفروض. وفى صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: لو قتله ما قتل به، وإن قذفه لم يجلد له . . . إلى أن قال وإن كان قال لأبنه يابن الزانيه وأمّه ميّته ولم يكن لها من يأخذ بحقّها

ص :147

الرابع: ولو قتل أحد الولدين أباه ثمّ الآخر أمّه

ولو قتل أحد الولدين أباه ثمّ الآخر أمّه[1]، فلكلّ منهما على الآخر القود، فإن تشاحّا فى الاقتصاص أقرع بينهما وقدّم فى الاستيفاء من أخرجته القرعه ولو بدر أحدهما فاقتصّ كان لورثه الآخر الاقتصاص منه.

الشَرح:

منه إلاّ ولدها منه فإنّه لا يقام عليه الحد، لأنّ حقّ الحدّ صار لولده منها»(1)، حيث انّ المتفاهم منه انّه كلّما لزم قصاص للأبن من أبيه فلا حق للأبن فى القصاص من أبيه.

نعم لو كان للزوجه ولد من غير القاتل فله القصاص من زوجها القاتل، ولو كان لها ولد من القاتل وولد من شخص آخر يثبت لولدها من غيره حقّ القصاص بعد ردّ نصف الديه على ولدها من القاتل، كما هو الحال فيما أوجب القتل ثبوت القصاص لواحد والديه للآخر، وأمّا فى مسأله القذف كما ورد ذلک فى ذيل الصحيحه من قوله عليه السلام «وإن كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له»الحديث(2).

[1] إذا قتل أحد الأخوين من أب وأمّ أباه وقتل الأخ الآخر أمّه يكون قاتل الأمّ وليّاً للقصاص من أخيه القاتل أباه، ويكون قاتل الأب وليّاً للقصاص من أخيه القاتل لأمّه، فأيّهما بدر إلى قتل الآخر قصاصاً تكون ورثه المقتول وليّاً بالقصاص الذى كان حقّاً لمورثهم المقتول قصاصاً.

واحتمال التهاتر بالإضافه إلى حقّ القصاص الذى كان لكلّ من الأخوين نظير التهاتر فى المتقاذفين بلا موجب بعد اقتضاء كلّ من القتلين كون كلّ منهما وليّاً على القصاص من الآخر.

وذكر الماتن أنّه إذا تشاحّاً فى البادى فى الاقتصاص أنّه يقرع بينهما. ولكن لا موجب للقرعه بعد معلوميه ثبوت حقّ القصاص لكلّ منهما.

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 14 من أبواب حدّ القذف، الحديث 1: 447.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 14 من أبواب حدّ القذف، الحديث 1: 447.

الشرط الرابع: كمال العقل، فلا يقتل المجنون سواء قتل مجنوناً أو عاقلاً[1] [وتثبت الديه على عاقلته، وكذا الصبى لا يقتل بصبى ولا ببالغ.

الشَرح:

نعم لو قيل بأنّ ثبوت حقّ القصاص على ولىّ المقتول ظلماً يتوقّف على حكم الحاكم، فربّما يقال بأنّه يشكل على الحاكم الحكم لأحدهما أوّلاً.

وهذا أيضاً غير صحيح، لأنّ على الحاكم الحكم بثبوت حقّ الاقتصاص لكلّ منهما لكون كلّ منهما وليّاً على المقتول ظلماً.

[1] يعتبر فيمن يتعلّق به القصاص كمال بالفعل والبلوغ، ولو قتل المجنون مجنوناً أو عاقلاً لا يقتصّ منه، وتتعلّق الديه على عاقلته.

ويشهد لذلک صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأً كان أو عمداً(1) ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : انّ محمد بن أبى بكر كتب إلى أمير المؤمنين عليه السلام يسأله عن رجل مجنون قتل رجلاً عمداً فجعل عليه السلام الديه على قومه وجعل خطأه وعمده سواء(2).

هذا بالاضافه إلى المجنون، وأمّا بالإضافه إلى الصبى ففى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «عمد الصبى وخطأه واحد»(3)، وفى موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله»(4). ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أن يقتل الصبى صبيّاً أو بالغاً فيحسب

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 1: 307.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 5: 307.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 2: 307.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 3: 307.

أمّا لو قتل العاقل ثمّ جنّ لم يسقط عنه القود، وفى روايه يقتصّ من الصبى إذا بلغ عشراً[1] وفى أخرى: إذا بلغ خمسه أشبار ويقام عليه الحدود والوجه ان عمد الصبى خطأ محض يلزم أرشه العاقله حتّى يبلغ خمسه عشر سنه.

الشَرح:

قتله خطأً وتكون الديه على عاقلته.

والعبره فى حساب قتل المجنون خطأً محضاً ما إذا وقعت الجنايه حال جنونه ولو قتل عاقلاً ثمّ جنّ لم يسقط عنه القصاص وذلک مقتضى الإطلاق فى مثل قوله سبحانه: «النفس بالنفس»(1)، ظاهر الصحيحه ومعتبره السكونى صدور الجنايه حال الجنون واستيفاء القصاص حال الجنون مع صدور الجنايه حال العقل لا ينافى رفع قلم التكليف عنه، فإنّ الاستيفاء حقّ مجعول لولى الدم.

ويدلّ على ذلک أيضاً روايه معاويه بن بُرَيد العجلى قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلاً عمداً فلم يقم عليه الحدّ ولم تصحّ الشهاده عليه حتّى خولط وذهب عقله ثمّ انّ قوماً آخرين شهدوا عليه بعد ما خولط أنّه قتله فقال: إن شهدوا عليه أنّ قتله حين قتله وهو صحيح ليس به علّه من فساد عقل قتل به، وإن لم يشهدوا عليه بذلک وكان له مال يعرف، دفع إلى ورثه المقتول الديه من مال القاتل وإن لم يكن له مال أعطى الديه من بيت المال ولا يبطل دم امرء مسلم» (2)، والروايه لا يخلو سندها من الضعف ولذلک تصلح للتأييد كالتأييد بما ورد من عدم سقوط الحدّ عنه إذا كان إرتكابه الموجب حال العقل، وما فى الروايه من دفع الديه من ماله لا ينافى ما تقدّم، فإنّ المفروض فى الروايه عدم إحراز وقوع الجنايه حال جنونه لتكون الديه على عاقلته.

[1] قال الشيخ قدس سره فى الاستبصار انّ الصبى إذا بلغ عشر سنين اقتصّ منه وحكى

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 29 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 52.

....

الشَرح:

ذلک عن مبسوطه ونهایته وعن غیر واحد لم یظفر بروایه مسنده تدلّ علی ذلک. نعم الروایه المرسله موجوده فی الکتب واحتمل بعضهم أنّه قدس سره استند فی ذلک إلی صحیح عن أبی أیوب الخزاز قال: سألت إسماعیل بن جعفر متی تجوز شهاده الغلام؟ فقال: «إذا بلغ عشر سنین، قلت: یجوز أمرهُ؟ قال فقال: «انّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله دخل بعائشه وهی بنت عشر سنین، ولیس یدخل بالجاریه حتّی تکون امرأه فإذا کان للغلام عشر سنین جاز أمره وجازت شهادته»(1). وظاهرها انّ بلوغ الصبی أیضاً کالصبیه یکون ببلوغ عشرسنین.

ولکنها لا تصح للإعتماد علیها، لأنّ قول إسماعیل بن جعفر غیر معتبر بل باطل، لکونه من القیاس.

نعم، ورد فی صحیحه سلیمان بن حفص المروزی عن الرجل علیه السلام قال: «إذا تَمَّ للغلام ثمان سنین جاز أمره وقد وجبت علیه الفرائض والحدود»(2). وظاهرها بلوغه بثمان سنین. وقد روی الشیخ الروایه بسنده عن علی بن الحسن بن فضال عن العبیدی (یعنی محمد بن عیسی العبیدی) عن الحسن بن راشد عن العسکری علیه السلام قال: «إذا بلغ الصبی ثمانی سنین فجائز أمره فی ماله وقد وجبت علیه الفرائض والحدود وإذا تمّ للجاریه سبع سنین فکذلک»(3).

ولکن إذا أمکن حمل ذلک علی کونه مخیّراً یجوز أمره بإذن ولیّه ویثبت فی حقّه العبادات ویعزّر علی ارتکاب المحرّمات کالسرقه وشرب الخمر والفحشاء فهو، وإلاّ

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 22 من أبواب الشهادات، الحدیث 3: 252.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 28 من أبواب حد السرقه،الحدیث 13: 526.
3- (3) الوسائل: ج 18، الباب 9 من أبواب وصیه الصبی والعجوز، الحدیث 1: 11.

....

الشَرح:

فلا مجال للإعتماد عليها لعدم معهوديه العمل بها ومعارضتها بغير واحد من الأخبار الدالّه على خلافها بل لا يبعد كونها متواتره إجمالاً.

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل وغلام اشتركا فى قتل رجل فقتلاه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : «إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتصّ منه وإذا لم يكن بلغ خمسه أشبار قضى بالديه»(1)، وقد التزم الشيخ قدس سره فى الاستبصار بمضمونها وقد حملوا الروايه على كون البلوغ خمسه أشبار أماره لبلوغه إذا احتمل البلوغ وإلاّ فمع العلم بالصغر لا عبره بلأشبار.

وبتعبير آخر لا يكون لبلوغه خمسه أشبار موضوعيه فى مقابل بلوغه خمسه عشر سنه أو نبت الشعر الغليظ فى عانته أو احتلامه، حيث انّ الالتزام بالموضوعيه غير محتمل كما إذا فرض انّ الصبيين قد ولدا فى يوم واحد فبلغ أحدهما خمسه أشبار ولم يبلغ الآخر فالالتزام بالقصاص من الأول دون الثانى إذا قتلا شخصاً أو قتل كلّ منهما رجلاً أو صبياً غير محتمل وإن لم يمكن حملها على الأماريه أيضاً كما يدّعى ذلک فلابدّ من طرحها وإرجاع علمها إلى أهلها لما تقدّم من الروايات الدالّه على أنّ بلوغه لا يكون بذلک وعليه فالالتزام بالقصاص من الصبى مع ورود انّ عمده وخطأه سيّان تحمّله العاقله غير ممكن، واللّه العالم.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 36 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 66.

فرع

لو اختلف الولى والجانى بعد بلوغه أو بعد إفاقته فقال قتلت وأنت بالغ أو أنت عاقل فأنكر فالقول قول الجانى مع يمينه[1]، لأنّ الاحتمال متحقّق فلا يثبت معه القصاص وتثبت الديه على العاقله ولو قتل البالغ الصبى قتل به على الأصح[2].

الشَرح:

[1] فإنّ الاستصحاب فى كونه صغيراً زمان قتله أو بقاء جنونه زمانه ينفى الموضوع للقصاص ويثبت الموضوع لكون الديه على العاقله فعليه يكون ولى الدم مدّعياً لحقّ القصاص فإن أقام البينه على مدّعاه فهو، وإلاّ يحلف الجانى المفروض إحراز بلوغه حين الحلف أو إقامته حينه.

نعم، إذا كان المجنون مسبوقاً بالعقل وادّعى ولىّ الدم وقوع القتل منه قبل طروّ الجنون وادّعى الجانى كونه بعد جنونه فالمدّعى هو الجانى فعليه إثبات دعواه وإلاّ يحلف الولىّ ويثبت عليه القود.

وظاهر الماتن وغيره عدم الفرق بين الصورتين بناءً على مسلک المشهور من إلحاق القصاص بالحدود التى تدرء بالشبهه، وقد تقدّم الكلام فى أصل الحكم فى الحدود وفى إلحاق القصاص بها فلا نعيد.

[2] كما نسب ذلک إلى المشهور بل ادّعى عليه الاجماع. نعم المحكى عن الحلبى عدم القتل به، ويستدلّ على ما عليه المشهور باطلاق ما دلّ على ثبوت حقّ القصاص لولى من قتل مظلوماً وعمداً، ويضاف إلى ذلک مرسله ابن فضال عن بعض أصحابه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كلّ من قتل شيئاً صغيراً أو كبيراً بعد أن يتعمّد فعليه

ولا يقتل العاقل بالمجنون[1] وتثبت الديه على القاتل إن كان عمداً أو شبيهاً بالعمد وعلى العاقله إن كان خطأً محضاً ولو قصد القاتل دفعه كان هدراً وفى روايه ديته على بيت المال.

الشَرح:

القود»(1).

ولكنّ المروى فى الفقيه بسنده عن ابن بكير عن أبى عبداللّه عليه السلام «كلّ من قتل بشىء صغير أو كبير بعد أن يتعمّد فعليه القود»(2)، وعليه فالمرسله مضافاً إلى ضعف السند لا تدلّ إلاّ على تعلّق القصاص حتّى إذا قتل بشىء صغير، لأنّه لو لم يكن الصحيح ما نقله الصدوق فلا أقلّ من عدم ثبوت صحّه ما نقله الشيخ قدس سره .

وأمّا الاطلاق فيما دلّ على ثبوت حقّ القصاص لولى المقتول متعمّداً أو ظلماً فيرفع اليد عن الاطلاق المزبور بالتعليل الوارد فى عدم تعلّق القود على قاتل المجنون من قوله عليه السلام فى صحيحه أبى بصير «فلا قود لمن لا يقاد منه»(3) فإنّ مقتضى ذلک عدم تعلّق القصاص بقاتل الصبى حيث انّ الصبى لا يقاد منه.

[1] ذكروا عدم الخلاف فى ذلک، ويستدلّ على ذلک بصحيحه أبى بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلاً مجنوناً فقال: إن كان المجنون أراده فدفعه عن نفسه فلا شىء عليه من قود ولا ديه ويعطى ورثته ديته من بيت مال المسلمين. قال: وإن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلا قود لمن لا يقاد منه وأرى انّ على قاتله الديه فى ماله يدفعها إلى ورثه المجنون ويستغفر اللّه ويتوب إليه»(4). وروايه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 31 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 56.
2- (2) من لا يحضره الفقيه: ج 4، رقم الحديث 5221: 112.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 52.

4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 52.

وفی ثبوت القود علی السکران تردّد والثبوت أشبه[1] لأنّه کالصاحی فی تعلّق الأحکام.

الشَرح:

أبی الورد قال: «قلت لابی عبداللّه علیه السلام أو لابی جعفر علیه السلام : أصلحک اللّه، رجل حمل علیه رجل مجنون فضربه المجنون ضربه فتناول الرجل السیف من المجنون فضربه فقتله، فقال: أری أن لا یقتل به ولا یغرم دیته وتکون دیته علی الإمام ولا یبطل دمه»(1). ومع ضعفها بأبی الورد صالحه للتأیید وظاهرهما ثبوت دیته فی صوره قتله دفاعاً، علی بیت المال.

ولکن استشکل فی ذلک بأنّ المقتول المهاجم دمه هدر فلا موجب لضمان الدیه.

ولکن الإشکال ضعیف، فإنّ دمه هدر بالإضافه إلی قاتله فلا یضمنه قاتله، وأمّا کون الدیه علی بیت المال فلا وجه لرفع الید عمّا دلّ علیه لاحتمال کون الحکمه فی ثبوتها تأمین معاش عیاله أو غیر ذلک.

[1] المنسوب إلی المشهور تعلّق القصاص علی السکران فإنّه وإن کان حین الجنایه بلا قصد لسکره إلاّ أنّه بسوء الاختیار فیتعلّق به أحکام الصاحی.

وربّما یستدلّ علی ذلک بمعتبره السکونی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «کان قوم یشربون فیسکرون فیتباعجون بسکاکین کانت معهم فرفعوا إلی أمیر المؤمنین علیه السلام فسجنهم فمات منهم رجلان وبقی رجلان فقال أهل المقتولین یا أمیر المؤمنین علیه السلام أقدهما بصاحبینا فقال للقوم: ماترون فقالوا: نری أن تقیدهما فقال علی علیه السلام للقوم: فلعلّ ذینک الّذین ماتا قتل کلّ واحد منهما صاحبه قالوا لا ندری فقال علی علیه السلام بل أجعل دیه المقتولین علی قبائل الأربعه وآخذ دیه جراحه الباقین من دیه المقتولین»(2)

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 2: 52.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2: 173.

....

الشَرح:

فإنّ قوله عليه السلام فلعلّ ذينک . . . إلخ، فى أنّه إذا أحرز انّ الباقين قتلا الذين ماتا لتعلّق بهما القود، فالسكر المحرم كما هو ظاهر الفرض لا يوجب خروج جنايه السكران عن حكم التعمد، ولكن جعله عليه السلام ديه المقتولين على قبائل الأربعه ينافى جعل جنايه السكران عمديةً حيث انّ اللازم أن تكون ديتهما على أنفسهم بأن يكون ديه كلّ من المقتولين على الثلالثه أحدهم المقتول الآخر والمجروحين بل ظاهر صحيحه محمد بن قيس أنّه لا يحسب جنايه السكران عمديّاً فإنّه روى عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أربعه شربوا مسكراً فأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا فقتل اثنان وجرح اثنان فأمر المجروحين فضرب كلّ واحد منهما ثمانين جلده وقضى بديّه المقتولين على المجروحين فليس على أحد من أولياء المقتولين شىء»(1).

ووجه الظهور أنّ الأمر بجلد كلّ من المجروحين ثمانين هو حدّاً لشرب المسكر فيكون الإسكار على وجه المحرم وحكمه عليه السلام بديّه المقتولين على المجروحين مقتضاه معلوميه إسناد القتل إليهما وإلاّ كانت الديه على الثلاثه كما تقدّم. ولو كانت جنايه السكران من التعمد لكان على المجروحين القود.

وحمل هذه على ما إذا لم يكن وقوع الاقتتال معلوماً لهم عند الشرب بأن كان أمراً اتفاقياً وحمل معتبره السكونى على ما إذا كان وقوعه أمراً عاديّاً لعلمهم حين الشرب بأن هذا يؤدّى إلى الاقتتال نوعاً نوع جمع تبرّعى. نعم هذا التفصيل مقتضى القاعده التى ذكرنا فى تمييز الجنايه يعنى القتل عمداً عن القتل خطأ، والمتعين فى المقام الأخذ بها، واللّه العالم.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 1: 173.

أمّا من بنّج نفسه أو شرب مرقداً لا لعذر فقد ألحقه الشيخ رحمه الله بالسكران وفيه تردّد[1].

ولا قود على النائم لعدم القصد وكونه معذوراً فى سببه وعليه الديه[2].

الشَرح:

[1] ينبغى أن يكون الكلام فيما إذا كان البنج مزيلاً للقصد والإختيار من غير أن يكون مسكراً، وكذلک المراد من شرب المرقد، ومع عدم العذر له فى إرتكابه فقد يقال كما عن الشيخ قدس سره إلحاقه بالسكران فى ثبوت القصاص عليه لاشتراک ذلک مع السكران فى زوال القصد بفعله الاختيارى. وقد تردّد الماتن قدس سره فى هذا اللحوق، ولكن الصحيح الالحاق إذا كان ذلک من غير ضروره مع علمه بأنّ ارتكابه القتل معه أمر عادي بخلاف ما إذا كان أمراً اتفاقياً على ما تقدّم من التفصيل فى السكران، واللّه العالم.

[2] لا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا قتل النائم بحركته فى النوم وانقلابه شخصاً طفلاً كان أو غيره لا قود عليه، لعدم قصده القتل ولا الفعل وكونه معذوراً فى نومه وحركته. وإنّما الكلام فى الديه فى ماله أو أنّ الديه على عاقلته، وظاهر الماتن فى المقام أنّ الديه على النائم، وصرّح فى الديّات أنّ الأشبه بأصول المذهب كونها على عاقلته.

ويستدلّ على كون الديه على النائم بما روى «من نام فانقلب على غيره فقتله كان ذلک شبيه العمد» وبأنّ انقلاب النائم لعدم قصد النائم من أسباب القتل التى يكون ضمانها على الفاعل دون العاقله.

ولكن قد يقال شىء من ذلک لا يوجب كون الديه عليه، لعدم كون السبب موجباً لكون الديه على الشخص ما لم يكن القتل مستنداً إليه بقصده الفعل القاتل والمفروض أنّ النائم غير قاصد للفعل أصلاً، ولذا قد يشكل كون الديه على عاقلته أيضاً، فإنّ الملاک فى ضمان العاقله فى موارد الخطأ أن يكون الفاعل قاصداً قتل شىء فيصيب غيره أو يريد الفعل القاتل لشىء فيصيب غيره أى يقع على غيره، وهذا غير محقّق فى المورد،

وفی الأعمی تردّد أظهره أنّه کالمبصر فی توجّه القصاص بعمده[1]، وفی روایه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام إنّ جنایته خطأ تلزم العاقله.

الشَرح:

ولذا احتمل أن یکون دیته علی بیت المال، لأنّ دم المسلم لا یذهب هدراً وهذا أیضاً غیر ثابت فیما کان الموت مستنداً إلی القضاء والقدر کما إذا دفع الریح شخصاً من السطح فوقع علی غیره فمات الغیر.

ولکن الظاهر الفرق بین مسأله إطاره الریح شخصاً فیقع علی غیره وبین انقلاب النائم فإنّ إتلاف النفس یستند إلی النائم حیث إنّ الفعل صدر عنه ولو بلا قصده بخلاف دفع الریح فإنّ وقوعه علی الغیر مستند إلی الریح العاصفه کاستناد سقوط الحجاره إلیها، وکما أنّه إذا انقلب النائم علی مال الغیر فأتلفه یکون ذلک موجباً لضمانه المال المتلف کذلک انقلابه علی شخص آخر.

نعم الروایه المرسله لإرسالها لا یمکن الاعتماد علیها والعمده ما ذکرنا، ویأتی التعرّض لذلک فی مسأله انقلاب الظئر النائم علی الطفل ونلتزم فیها بالتفصیل بین ما إذا کانت الظئر ظائره طلباً للعزّ والفخر فتکون الدیه فی مالها وبین ما ظائرت لفقرها تکون الدیه علی عاقلتها لبعض الروایات الوارد فیها.

[1] فإنّه إذا قصد القتل أو قصد الفعل القاتل یکون قتله عمدیّاً فیعمّه ما دلّ علی ثبوت حقّ القصاص عنه لأولیاء المقتول وأنّ «النفس بالنفس»(1).

ولکن قد ورد فی صحیحه العلا عن محمد الحلبی أنّ قتله یحسب خطأً فیکون دیه المقتول علی عاقلته قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عیناه علی خدّیه فوثب المضروب علی ضاربه فقتله قال: فقال أبو عبداللّه علیه السلام : هذان متعدّیان جمیعاً فلا أری علی الذی قتل الرجل قوداً لأنّه قتله

1- (1) سوره المائده: الآیه 45.

الشرط الخامس: أن يكون المقتول محقون الدم احترازاً من المرتدّ بالنظر إلى المسلم فإنّ المسلم[1] لو قتله لم يثبت القود وكذا كلّ من أباح الشرع قتله ومثله من هلک بسرايه القصاص أو الحدّ.

الشَرح:

حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سنين فى كلّ سنه نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله يؤخذ بها فى ثلاث سنين ويرجع الأعمى على ورثه ضاربه بديّه عينيه»(1)، والروايه صحيحه بحسب نقل الصدوق، حيث رواه بإسناده عن العلا عن الحلبى.

وفى موثقه عمّار عن أبى عبيده قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح فقال: إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام ولا يبطل حقّ امرى ء مسلم»(2).

وقد يشكل على الروايتين بتعارضهما حيث ذكر فى الثانيه ما يقضى كون عمده شبه العمد، وفى الأولى كون عمده خطأً محضاً مع أنّ الوراد فيهما كون الديه مع فقد العاقله على الأعمى.

ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ مقتضى بينهما رفع اليد عن إطلاق الصدر فى الثانيه بما ورد فى الأولى من كون الديه فى مال الأعمى مع فقد العاقله، كما يرفع عن إطلاق ذيل الأولى بما ورد فى ذيل الثانيه من أنّه إذا لم يكن للأعمى عاقلته تكون الديه فى بيت المال أو تحمل على التفصيل بين قتل الأعمى وجنايته على الأطراف فيؤخذ فى الأولى بخطأ المحض وفى الثانيه بشبه الخطأ.

[1] لا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا ثبت جواز قتل مسلم لمسلم فلا يترتّب على قتله

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب العاقله، الحديث 1: 306.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 35 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 65.

....

الشَرح:

قود فإنّ مع جواز القتل له لا يكون قتله عدواناً وظلماً وعلى هذا فإن قتل مسلم مرتدّاً سواء كان المرتدّ فطرياً أو ملّياً وكان القتل حال ارتداده فلا قود على المسلم القاتل، وعدم ثبوت القود على المسلم القاتل، مضافاً إلى جوازه فى المرتدّ الفطرى، حيث ورد فى مثل موثقه عمّار الساباطى قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام كلّ مسلم بين مسلمين ارتدّ عن الإسلام وجحد محمداً صلى الله عليه و آله نبوّته وكذّبه فإنّ دمه مباح لمن سمع ذلک منه»(1) لكون شرط القصاص التساوى فى الدّين وأنّه لا يقتل المسلم بكافر، وأمّا إذا رجع المرتدّ إلى الإسلام فإنّ المقتول إذا كان ارتداده فطرياً فلا قود، لبقاء جواز قتله بخلاف ما إذا كان ارتداده ملّياً فإنّه يتعلّق على القاتل القود، لكونه بعد التوبه مسلم ودمه محترم كساير المسلمين.

وكذا إذا قتل المسلم من سبّ النبى صلى الله عليه و آله أو أحد الأئمه أو فاطمه عليهاالسلام بنت رسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّ حدّ السبّ جواز قتله لكلّ من سمع منه.

وقد لا يكون الشخص محقون الدم بالإضافه إلى شخص ولكن يكون محقون الدم بالإضافه إلى الآخر، كما فى القاتل عمداً فإنّه غير محقون الدم بالإضافه إلى ولىّ الدم، ويكون محقون الدم بالإضافه إلى السائرين، فلو قتله غير ولىّ الدم يثبت على قاتله القود وبخلاف ما إذا قتله ولىّ الدم.

ويلحق بذلک من أجرى عليه قصاص الطرف أو الحدّ من غير تعدّ عن الحداد والمجنى عليه ولكن ترتب على إجراء الحدّ والقصاص موته فإنّه لا قود فى الفرض ولا ديه لما تقدّم من الروايات من أنّ من قتله الحدّ أو القصاص فدمه، هدر، بخلاف ما

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 1 من أبواب حدّ المرتد، الحديث 3: 545.

....

الشَرح:

إذا مات بتعدّ من الحداد والمجنى عليه فإنّه يوجب الضمان كما تقدّم فى باب الحدود.

ويقع الكلام فى المقام فى أمور ثلاثه:

الأول: ما إذا كان الشخص لارتكابه أمراً محرّماً محكوماً بالقتل حدّاً، كالزانى المحصن واللائط فإن قتلهما المستند إلى الحاكم يكون من جهه إجراء الحدّ عليهما وهذا لا إشكال فيه وإنّما وقع الإشكال فيما إذا قتله الغير مع إحرازه وعلمه بارتكاب الموجب فإنّه وإن يظهر من بعض كلمات الأصحاب بكونهما مهدورى الدم فلا يوجب قتلهما قصاصاً على المسلم وإن فعل حراماً، لكون إجراء الحد على الزانى والزانيه واللائط والملوط كساير الحدود من وظيفه الحاكم.

نعم إذا لم يتمكّن القاتل من إثبات الارتكاب يجرى عليه القصاص على ما هو موازين القضاء، ولكن استشكل فى الحكم المزبور جماعه وذكروا أنّ المرتكب مهدور الدم بالإضافه إلى الحاكم فيتعلّق على القاتل القود نظير قتل من عليه القصاص إذا لم يكن القاتل من أولياء الدم وهذا الإشكال فى محلّه فإنّ مقتضى ما دلّ على أنّ النفس بالنفس بعد عدم ثبوت الترخيص للقاتل فى قتله تعلّق القود عليه.

الثانى: ما إذا قتل الزوج زوجته إذا رأى أنّها تزنى أو قتل الزانى بها فإنّه يستدلّ على جوازه وعدم تعلّق القود على الزوج بقتلهما بروايات. نعم لو لم يتمكّن من إثبات الزنا يتعلّق عليه القود بحسب الحكم الظاهرى.

منها روايه سعيد بن المسيب «أنّ معاويه كتب إلى أبى موسى الأشعرى انّ ابن أبى الحسرين وجد رجلاً مع امرأته فقتله، فاسأل عليّاً عليه السلام عن هذا، قال أبو موسى: فلقيت عليّاً فسألته . . . إلى أن قال: فقال أبو الحسن: «إن جاء بأربعه يشهدون على ما

. ...

الشَرح:

شهد وإلاّ دفع برمّته»(1).

وروايه الفتح بن يزيد الجرجانى عن أبى الحسن عليه السلام «فى رجل دخل دار آخر للتلصّص أو الفجور فقتله صاحب الدار، أيقتل به أم لا؟ فقال: إعلم أنّ من دخل دار غيره فقد أهدر دمه ولا يجب عليه شىء»(2).

وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال: «أيّما رجل اطلّع على قوم فى دارهم لينظر إلى عوارتهم ففقؤوا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم»(3).

ولكنّ الروايتين الأخيرتين ظاهرهما الدفاع عن المال والعرض لا قتل مرتكب الحد بعد ارتكابه، والروايه الأولى وإن كانت ظاهره فيما ذكر ولا يحتمل الفرق بين قتل الزانى والزانيه إلاّ أنّه من حيث السند ضعيفه لا يمكن الاعتماد عليها.

مع أنّه تعارضها صحيحه داود بن فرقد، قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: إنّ أصحاب رسول اللّه صلى الله عليه و آله قالوا لسعد بن عباده: أرأيت لو وجدت على بطن امرأتک رجلاً ما كنت صانعاً به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول اللّه صلى الله عليه و آله فقال: ماذا يا سعد؟ فقال سعد: قالوا لو وجدت على بطن امرأتک رجلاً ما كنت صانعاً به، فقلت: أضربه بالسيف، فقال: يا سعد، فكيف بالأربعه الشهود؟ فقال: يا رسول اللّه بعد رأى عينى وعلم اللّه أن قد فعل، قال: أى واللّه، بعد رأى عينک وعلم اللّه أن قد فعل، إنّ اللّه جعل لكلّ شىء حدّاً وجعل لمن تعدّى ذلک الحدّ حدّاً»(4).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 69 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 102.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 27 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 51.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 25 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 7: 50.
4- (4) الوسائل: ج 18، الباب 2 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 310.

....

الشَرح:

وما أرسل الشهيد فى الدروس أنّ من رأى زوجته تزنى فله قتلهما أيضاً لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليه، مع أنّها لم توجد فى كلام من تقدّم على الشهيد.

الثالث: قد ورد الروايات فى جواز الدفاع عن النفس والعرض والمال وتقدّم أنّ القتل دفاعاً لا يوجب القود ولا الديه، والكلام فى أنّ مهدوريه دم المهاجم بالإضافه إلى من يهاجم عليه أو أنّه يجوز قتل المهاجم للغير عند الدفاع عن أخيه المؤمن إذا استدعى نصرته وإعانته. وقد تقدّم أنّه لا يبعد أن يكون المهاجم مهدور الدم حتى بالإضافه إلى من يدافع عمّن يهاجم عليه فى مباحث الدفاع.

الفصل الثالث: فى دعوى القتل وما يثبت به

ما يشترط فى المدّعى

ويشترط فى المدّعى البلوغ والرشد حاله الدعوى دون وقت الجنايه، إذ قد يتحقّق صحّه الدعوى بالسماع المتواتر[1]، وأن يدّعى على من يصحّ منه مباشره الجنايه، فلو ادّعى على غائب لم يقبل، وكذا لو ادّعى على جماعه يتعذّر اجتماعهم على قتل الواحد كأهل البلد، وتقبل دعواه لو رجع إلى الممكن.

الشَرح:

[1] يقع الكلام فى المقام فى شرايط سماع الدعوى وما يترتب عليها، وفيما يثبت به دعوى القتل وما يتفرّع عليها.

أمّا شرايط سماعها فقد ذكر الماتن قدس سره أنّه يشترط فى سماعها كون المدّعى بالغاً رشيداً عند الدعوى، وأمّا الواقعه التى يدّعيها فلا يعتبر بلوغه ورشده عند وقوعها حيث يمكن للصبى بعد بلوغه ولغير الرشيد بعد رشده العلم بالواقعه المزبوره بالسماع المتواتر ونحوه فيرفع دعواه إلى المرافعه.

وكذا يعتبر فى سماع الدعوى كونها بحيث يحتمل صحتها وكون ما يدّعيه ممكن الوقوع، فلو ادّعى على غائب لا يمكن وقوع الجنايه منه لغيابه أو على جماعه لا يمكن اجتماعهم على الجنايه كما إذا ادّعى اجتماع أهل البلد على قتل والده لا تسمع.

أقول: قد ذكر قدس سره فى كتاب القضاء فى شرايط سماع الدعوى كون المدّعى بالغاً عاقلاً ولم يذكر الرشد المقابل للسفاهه، وذكر فى المقام اعتبار البلوغ والرشد، فإن كان مراده فى المقام من الرشد: العقل، فالاشتراط كما ذكرنا فى القضاء صحيح، لأنّ المتصدّى للدعوى عن الصغير والمجنون وليّهما.

وأمّا إذا كان المراد من الرشد مقابل السفاهه كما هو ظاهره فاعتباره فى المدّعى

ص :164

ولو حرّر الدعوى بتعيين القاتل وصفه القتل[1] ونوعه، سمعت دعواه، وهل الشَرح:

يختصّ بالدعاوى الماليه الراجعه إلى التصرّف فى أمواله على تفصيل تعرّضنا له فى بحث القضاء. وأمّا فى المقام أى دعوى القتل الموجب للقصاص عن الجانى بل الموجب لأخذ الديه منه أو من عاقلته فلا موجب لاعتباره، فإنّ السفيه غير محجور عليه عن القصاص من الجانى ولا من تملّک الديه عليه أو على عاقلته، غايه الأمر لا يدفع الديه إليه بل إلى وليّه ولا يتحقّق منه المصالحه على الديه بل لوليّه ذلک.

وعلى الجمله، الحجر عليه فى أمواله لا يقتضى أزيد من منع دفع أمواله إليه وعدم نفوذ تصرّفاته فيها.

نعم، قد يقال بعدم سماع دعوى السفيه إذا اقتضى القصاص من الجانى ردّ فاضل الديه عليه.

ولكن لا يخفى أنّ ردّ فاضل الديه حكم شرعى يترتّب على القصاص من الجانى والقصاص ليس من التصرّف فى المال، ولذا تسمع دعوى الجنايه على السفيه حتّى فى موارد ترتّب أخذ الديه منه على ثبوت الجنايه، وغايه الأمر يكون المتصدّى لردّ فاضل الديه على الجانى أو إعطاء الديه لجنايه السفيه وليّه لكون أمواله بيده.

ويعتبر أيضاً فى سماع دعواه إمكان وقوع الجنايه عن المدّعى عليه وقتها أو مطلقاً فلو ادّعى الجنايه على غائب وقتها لا تسمع الدعوى وكذا إذا ادّعى على من لا يمكن وقوع الجنايه عنه مطلقاً كما إذا ادّعى أنّ أهل البلد أجمع قتلوا أباه.

نعم، إن فسّره بشىء ممكن أو احتمل الإمكان كما إذا بعث الغائب بسمّ فى طعام إليه فقتله أو أمر أهل البلد فلاناً بقتل أباه تسمع لإمكان الدعوى.

[1] المراد من صفه القتل اتصاف القتل بالمباشره أو التسبيب، ومن النوع كونه عمداً أو شبه عمد أو خطأ ولو عيّن المدّعى فى دعواه القاتل وصفه قتله ونوعه فهذا هو

....

الشَرح:

المتيقّن من سماع الدعوى، والمراد من سماعه توجّه اليمين على المدّعى عليه.

وأمّا إذا عيّن فى دعواه القاتل ولكن أطلق القتل، فقد اختار الماتن قدس سره السماع بعد إبرازه التردّد فيه.

أقول: لا ينبغى التردّد فى سماعها فى الفرض غايه الأمر إذا لم يكن للمدعى بيّنه فيحلف المدعى عليه على عدم وقوع القتل وصدوره عنه، وإن أقام بيّنه وشهدت البيّنه أيضاً على مطلق القتل من غير تعيين أنّه كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ فيحكم القاضى بالديه عل عاقله المدّعى عليه، لأنّ الأصل عدم وقوع الفعل منه بقصد قتله ولا بقصد عنوان الفعل فيحرز الموضوع لكون الديه على العاقله.

وإن شهدت البيّنه أنّه قد صدر عنه الفعل بالقصد ولكن لم يشهد بقصده القتل فإن كان الفعل قاتلاً نوعاً ترتّب عليه القصاص وإلاّ يترتّب الديه على الجانى، لأنّ الأصل عدم قصده القتل ولم يكن الفعل قاتلاً نوعاً على الفرض، فيحرز شبه العمد الموضوع، لكون الديه على الجانى.

وهكذا الحال إذا كان المدّعى ادّعى على شخص القتل وأطلق واعترف المدّعى عليه بالقتل، فإن كان اعترافه بالقتل عمداً اقتصّ منه، وإن اعترف بالقتل ولكن قال لا أدرى أنّه كان عمداً أو غيره فإنّه يحكم عليه بالديّه فى ماله لأصاله عدم تعمّده القتل، فإنّه إذالم يكن الفعل قاتله نوعاً يثبت الموضوع للديه عليه، لأنّ الديه فى موارد ثبوت القتل بالاعتراف إذا لم يكن القتل عمديّاً يكون على المقرّ لا عاقلته كما يأتى، ولذا لو اعترف بالقتل بالخطأ المحض يكون على المقرّ لا عاقلته كما يأتى، ولذا لو اعترف بالقتل بالخطأ المحض يكون أيضاً الديه عليه بخلاف البيّنه فإنّه إذا لم يشهد بقصده الفعل يحكم بثبوت الديه على عاقلته، لأنّ الأصل عدم صدوره عنه بالقصد.

تسمع منه مقتصراً على مطلق القتل؟ فيه تردّد أشبهه القبول، ولو قال: قتله أحد هذين، سمعت إذ لا ضرر فى أحلافهما[1] ولو أقام بينه سُمعت لاثبت اللوث إن خصّ الوارث أحدهما.

الشَرح:

[1] قد تقدّم أنّ سماع الدعوى مقتضاه توجّه اليمين على المدّعى عليه مع عدم البيّنه والسماع بهذا المعنى لا محذور فيه، لعموم قوله عليه السلام «البيّنه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه» والمدّعى عليه فى الفرض وإن كان أحدهما الجامع بينهما إلاّ الدعوى عليه لا تدفع إلاّ بالحلف من كلّ منهما وليس فى إحلافهما ضرر عليهما حيث لا محذور فى الحلف صادقاً كما فى فرض عدم صدور القتل منهما، بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث أنّه يمكن من سماعها بإحلافهما التوصل إلى معرفه القاتل بنكول أحدهما عن الحلف وإقراره بأنّه القاتل فيكون السماع طريقاً إلى معرفه القاتل واستيفاء الحقّ منه.

وما فى الجواهر(1) من الإشكال فى السماع بأنّ الدعوى لم تتوجّه إلى واحد منهما لا يمكن المساعده عليه فإنّ الدعوى على الجامع بينهما لا تسقط إلاّ باليمين من كلّ منهما، وذكر قدس سره أنّه لو بنى على حصول اللوث بنكولهما عن اليمين أمكن القول بسماع الدعوى، نظير ما ذكر المصنّف وغيره من أنّ المدّعى بكون أحدهما القاتل لو أقامت بيّنه على أنّ أحدهما القاتل سمعت، لأنّ البيّنه المزبوره تثبت اللوث إذا اختصّ اللوث المدّعى بالقتل أحدهما المعيّن فيكون على ذلک المعيّن إقامه البيّنه على أنّه ليس بقاتل وإن لم تقم بيّنه كذلک أثبت الوارث المدعّى القتل عليه بالقسامه، ومقتضى التقييد فى سماعها بما إذا اختصّ الوارث أحدهما المعيّن بعد إقامه البيّنه المزبوره أنّه

1- (1) جواهر الكلام: 42/195.

....

الشَرح:

لا فائده للبيّنه المزبوره مع عدم هذا التعيين.

أقول: إذا بنى على أن نكولهما عن اليمين يثبت اللوث أو أنّ قيام البيّنه على أنّ أحدهما هو القاتل يثبته فلا يضرّ عدم تعيين الوارث أحدهما المعيّن فإنّه يثبت فى الفرض حكم الدعوى فى مورد اللّوث وحكمه على ما يستفاد من بعض الروايات على ما يأتى فى بحث القسامه انّ مع عدم قيام المدّعى عليهم البيّنه على نفى التهمه يكون على المدّعى القسامه وإذا كان أقامها قسط الديه على المتّهمين ولا يقتصّ منهم ولا من بعضهم لعدم تعيّن القاتل.

وكذا إذا لم تقم المدّعى القسامه ولكن المدّعى عليهم أيضاً نكلوا من إقامه القسامه على نفى التهمه عنهم، وأمّا إذا أقاموها تسقط دعوى التهمه منهم ويعطى الديه من بيت المال مطلقاً أو إذا كان الإعطاء صلاحاً بنظر الحاكم لئلا يذهب الدم المسلم هدراً نظير القتيل فى الزحام كما يأتى.

بل إذا عيّن الوارث المدّعى القاتل بعد نكولهما أو بعد قيام البيّنه على أنّ أحدهما قاتل ففى سماع تعيينه تأمّل حيث إنّه ينافى دعواه السابق بأنّ القاتل أحدهما ولا يدرى تعيينه وأن لا يبعد سماعه إذا ادّعى ظهور التعيين له بعد ذلک. ولو شكّ فى أنّ نكولهما أو قيام البيّنه المزبوره يعدّ من اللّوث أم لا لا يبعد الحكم بترتّب حكم اللوث كما هو مقتضى الاطلاق فى مثل موثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ اللّه حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم حكم فى أموالكم أنّ البينه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه، وحكم فى دمائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى لئلا يبطل دم امرء مسلم»(1).

1- (1) الوسائل: ج 19: الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 4: 115.

مسائل

الأولى: لو ادّعى أنّه قتل مع جماعه لا يعرف عددهم

الأولى: لو ادّعى أنّه قتل مع جماعه لا يعرف عددهم سمعت دعواه[1] ولا يقضى بالقود ولا بالديه، لعدم العلم بحصّه المدّعى عليه من الجنايه ويقضى بالصلح حقناً للدم.

الشَرح:

[1] قد يذكر فى المسأله الأولى صورتان:

الأولى: ما إذا ادّعى ولىّ المقتول أنّ زيداً قتل أباه مع جماعه مشتركين فى قتله عمداً لا أعلم عددهم، وظاهر الماتن أنّ فى الصوره لا يجوز لولى المقتول القود حتّى من زيد كما لا يجوز أخذ الديه منه، ولكن يسمع دعواه فيقضى بالصلح مع زيد قهراً حقناً للدم.

وكلامه هذا ناظر إلى صوره إثبات القتل على طبق دعواه، وعلّل عدم تعلّق القود بزيد بأنّ من شرط القصاص من أحد الشركاء قى القتل ردّ المشتركين الفاضل من الديه إلى أوليائه وهذا غير ممكن فى الفرض لعدم العلم بعدد الشركاء.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لم يثبت فى الاشتراک فى القتل أنّ جواز قصاص الولى من بعضهم مشروط بدفع ساير الشركاء الفاضل من الديه إلى أوليائه، بل يجوز له القصاص ووجوب إعطاء فاضل الديه وظيفه المشتركين مع الجانى المقتول قصاصاً، فإذا لم يمكن ردّهم لعدم العلم بعدد الشركاء يقتصر المعلومون منهم على المقدار المتيّقين أو يجبر على المصالحه مع أولياء الجانى المقتول فالصحيح جواز الاقتصاص من زيد فى الفرض.

الصوره الثانيه: ما إذا ادّعى ولى المقتول أنّ زيداً مع شركائه لا يعلم عددهم قتلوا

الثانيه: إذا ادّعى القتل ولم يبيّن عمداً أو خطأً

الثانيه: إذا ادّعى القتل ولم يبيّن عمداً أو خطأً الأقرب انّها تسمع[1] ويستفصلها القاضى وليس ذلک تلقيناً بل تحقيقاً للدعوى، ولو لم يبيّن قيل: طرحت دعواه وسقطت البينه بذلک، إذ لا يمكن الحكم بها، وفيه تردّد.

الشَرح:

أباه خطأً وفى هذا الفرض يحكم الحاكم بالمصالحه بين ولىّ المقتول وزيد وساير المعلومين من الشركاء، لأنّ أخذ تمام الديه من زيد وشركائه موقوف على العلم بعدد الشركاء، وكذا الحال إذا كانت دعوى الولى القتل بالخطأ المحض فإنّه يحكم بالمصالحه بين ولىّ الدم وعاقله زيد والمعلومين من الشركاء على ما تقدّم، وذلک لما علم من اهتمام الشارع بالتحفّظ على الدم حتّى بناءً على أنّ مثل هذه الدعوى لا تسمع فى المال.

[1] إذا ادّعى القتل على أحد ولم يعيّن نوعه من العمد الموجب للقصاص أو الخطأ الموجب للديه على الجانى أو عاقلته، تسمع دعواه، فإن احتمل القاضى أنّه لم يبيّن نوعه لمصلحه له فى الاخفاء يستفصله والاستفصال ليس تلقيناً بناءً على ما تقدّم من أنّه إن لم يفصّل وأثبت دعواه بالبيّنه التى شهدت بمطلق القتل تثبت الديه على عاقلته لأصاله عدم التعمّد وعدم قصده الفعل الذى ترتّب عليه القتل اتفاقاً، ولو ادّعى وقوع الفعل منه قصداً ولكن ذكر عدم علمه بقصده القتل أم لا ، يترتّب الديه على الجانى لأصاله عدم قصده القتل. وبتعبير آخر يحكم بضمّ الوجدان المحرز بالبيّنه إلى الأصل بمقتضاها.

لا يقال: إذا ثبت الفعل بالبيّنه أو بالإقرار يحكم بكونه عمديّاً، لكون الأصل وقوع الفعل عن الفاعل بالقصد.

فإنّه يقال: الأصل الثابت بسيره العقلاء على حمل الفعل الصادر عن فاعل بصوره القصد والتعمّد غير جار فى أمثال المقام ممّا كان التعمّد والخطأ كلّ منهما موضوع

الثالثه: لو ادّعى على شخص القتل منفرداً

الثالثه: لو ادّعى على شخص القتل منفرداً، ثمّ ادّعى على آخر لم تسمع الثانيه برّأ الأوّل أو شرّكه لإكذابه نفسه[1] بالدعوى الأولى، وفيه للشيخ قول آخر.

الشَرح:

لحكم خاص، فإنّه ليس بنائهم فيه على التعمّد والقصد.

نعم لو كان المثبت لدعوى مطلق القتل ثابتاً بإقرار المدّعى عليه تتعلّق الديه على الجانى لما يأتى من عدم ثبوت الديه بإقرار الجانى على عاقلته بل الاستفصال إذا كان بقصد أن يعيّن المدّعى نوع القتل لا حتمال صدقه وغفلته عن التعيين وأن لا يبطل دم امرى ء مسلم فلا بأس، وإن قيل بأنّ مع عدم التعيين بعد ذلک لا تسمع الدعوى ولا تفيد البيّنه القائمه بمطلق القتل، ولكن القول بعدم السماع ضعيف كما تقدّم.

بل يمكن أن يقال: إنّ الدعوى إذا كانت مطلق القتل وشهدت البيّنه بالتعمّد أو بالخطأ شبيه العمد أو بالخطأ المحض فتعتبر البيّنه من غير حاجه إلى ضمّ الأصل ولا يكون عدم التعيين فى الدعوى موجباً لسقوطها عن الاعتبار أخذاً بما دلّ على ثبوت القود أو الديه بشهاده رجلين.

[1] علّل عدم سماع الدعوى الثانيه بأنّ الدعوى الأولى تكذيب لها، ومقتضى ذلک عدم سماع الدعوى الأولى ايضاً، فإنّ الثانيه تكذيب للأولى أيضاً ومع احتمال الصدق في الثانيه، نعم مع إبداء العذر عن الدعوى الأولى لا تبعد سماع الثانيه حفظاً على الدم من الضياع.

وحكى عن الشيخ قدس سره أنّه لو أقرّ المدعى عليه فى الدعوى الثانيه بها تسمع ومقتضاه عدم سماع الدعوى الأولى سواء كانت الدعوى فى الثانيه القتل بالانفراد أو بالاشتراک، ولا تكون هى مكذّبه للدعوى الثانيه مع تصديق المدّعى عليه ولا يبعد أن يستفاد ذلک من صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام ويأتى نقلها فى ثبوت القتل بالاقرار،

الرابعه: لو ادّعى قتل العمد ففسّره بالخطأ

الرابعه: لو ادّعى قتل العمد ففسّره بالخطأ لم تبطل أصل الدعوى[1] وكذا لو ادّعى الخطأ ففسّره بما ليس خطأ. وتثبت الدعوى بالاقرار أو البيّنه أو القسامه، أمّا الإقرار فيكفى المرّه[2] وبعض الأصحاب يشترط الإقرار مرّتين،

الشَرح:

فإنّ الاقرار إذا كان بلا دعوى على المقرّ ومع الشهود على خلافه نافذ فمع عدمهم على الخلاف والدعوى عليه نافذ بالأولويه.

[1] بل تكون دعواه القتل خطأً إذا كان ممن يحتمل عدم معرفته، بمعنى العمد والخطاء كما قيل انّ الغالب على الناس عدم المعرفه، وكذلک الحال إذا ادّعى القتل خطأً ثمّ فسّره بالعمد، وإلاّ فلا تسمع الدعوى الأولى ولا الثانيه، لأنّ كلّ منهما مكذّبه للأخرى كما تقدّم، ولم يظهر وجه صحيح للتفرقه بين هذه المسأله والسابقه فى الصوره التى أشرنا إليها فى السابقه من إمكان كون الدعوى الأولى ناشئه عن الاشتباه وإبدائه العذر المحتمل فى حقّه.

الإقرار

[2] على المشهور بين المتأخرين، وقد اعتبر جماعه من المتقدّمين كالشيخ وابنى ادريس والبراج والطبرسى المرّتين، وكأنّ الوجه فى الاعتبار الاحتياط فى الدماء وكون كلّ إقرار شهاده واحده، وقد تقدّم فى بحث الحدود أنّه لا مورد للاحتياط إذا قام الدليل على النفوذ بالمرّه الواحده، وكون الإقرار مرّه بمنزله شهاده واحده وارد فى ثبوت الزنا ونحوه، فيؤخذ فى المقام بما دلّ على نفوذه ولو كان بمرّه واحده، وقد يقال: إنّ دعوى القتل ليس بأدون من ثبوت السرقه فإنّه يعتبر فى ثبوت القتل بالإقرار كونه بمرّتين كالسرقه.

البينه

وفيه أنّه: إن قلنا باعتبار التعدّد فى ثبوت السرقه فلا يتعدّى إلى غيرها وإلاّ فيمكن أن يقال: إنّ القتل عمداً ليس أدون من الزنا فيعتبر فى ثبوته كالزنا الإقرار بأربع مرّات.

وعلى الجمله، مقتضى الاطلاق نفوذ الاقرار بالقتل، ولو كان بمرّه واحده

....

الشَرح:

كقوله عليه السلام فى صحيحه الفضيل بعد بيان نفوذ الإقرار مرّه واحده فى الحدود التى من حقوق اللّه بمعنى أنّ الحاكم يجرى الحدّ على المقرّ بخلاف حقّ الناس، فإنّه لا يجرى عليه الحدّ بالإقرار إلاّ بعد مطالبه ذوى الحقّ: «وأمّا حقوق المسلمين، فإذا أقرّ على نفسه عند الإمام بفريه لم يحدّه حتّى يحضر صاحب الفريه أو وليّه وإذا أقرّ بقتل رجل لم يقتله حتّى يحضر أولياء المقتول فيطالبوا بدم صاحبهم»(1). بل دعوى أنّ ظاهر الصحيحه نفوذ الإقرار بمرّه غايه الأمر ما كان من حقوق الناس يحتاج إلى مطالبه ذى الحقّ أو وليّه فى الاستيفاء بخلاف ما لم يكن فى حقوق الناس.

وربّما يستدلّ على ذلک أيضاً بصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قتل فحمل إلى الوالى وجاءه قوم فشهد عليه الشهود أنّه قتل عمداً فدفع الوالى القاتل إلى أولياء المقتول ليقاد به، فلم يريموا حتّى أتاهم رجل فأقرّ عند الوالى أنّه قتل صاحبهم عمداً وأنّ هذا الرجل الذى شهد عليه الشهود برىء من قتل صاحبه فلا تقتلوه به وخذونى بدمه، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام : إن أراد أولياء المقتول أن يقتلوا الذى أقرّ على نفسه فليقتلوه ولا سبيل لهم إلى الآخر» الحديث(2).

فإنّها وارده فى بيان تعيين شهود القاتل فى شخص وإقرار الآخر بكونه القاتل، ولو كان إقراره بمرّه واحده.

ونظيرها مرسله على بن إبراهيم عن بعض أصحابنا رفعه إلى أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين برجل وجد فى خربه وبيده سكّين ملطّخ بالدم وإذا رجل مذبوح يتشحّط فى دمه فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ما تقول؟ قال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 344.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 5 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 108.

ويعتبر فى المقرّ: البلوغ وكمال العقل والاختيار والحرّيه[1].

الشَرح:

فأقيدوه به»(1). ورواها فى الوسائل عن الصدوق قدس سره بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين ولكّنها فى الفقيه روايه مرسله فراجع.

[1] اعتبار كون المقرّ بالغاً عاقلاً وكونه غير مكره ظاهر تقدّم الكلام فيه فى ثبوت موجب الحدّ ويقتضيه رفع القلم عن الصبى والمجنون والمكره عليه.

وأمّا اعتبار الحرّيه ففيه تفضيل وهو أنّه إذا اعترف العبد بشىء من مال أو جنايه فإن كان بتصديق مولاه نفذ فإنّ الحقّ لا يعدوهما وعدم سماع اعترافه لحقّ مولاه والمفروض أنّه معترف، وأمّا إذا لم يصدّقه مولاه فإن كان إقراره بمال فلا يبعد نفوذ إقراره به، فيؤخذ بالمال على تقدير عتقه، وإن كان جنايه موجبه للقصاص فإن أمكن القصاص بعد انعتاقه يقتصّ منه وإلاّ أخذ منه الديه.

لا يقال: يحتمل أن لا يكون لإقرار العبد أثر إلاّ إذا بقى على اعترافه بعد انعتاقه لا حتمال دخاله رقّيته فى إقدامه على اعترافه السابق ولو كان اعترافه السابق مقارناً لتصديق مولاه ينفذ اعتراف مولاه بالإضافه إليه لا إلى العبد، فيجوز لأولياء المقتول استرقاقه لا القصاص ولا يبعد أن يستظهر عدم السماع من صحيحه الفضيل بن يسار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: «إذا أقرّ المملوک على نفسه بالسرقه لم يقطع وإن شهد عليه شاهدان قطع»(2)، فإنّها مطلقه من حيث تصديق مولاه وعدم تصديقه.

نعم، يظهر من روايه الوابشى أنّ عدم سماع إقرار العبد لكونه إقراراً على مولاه وإذا اعترف مولاه بجنايه الموجبه للقصاص أو ضمان المال نفذ، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن قوم ادّعوا على عبد جنايه تحيط برقبته فأقرّ العبد بها قال: لايجوز

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 4 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 107.

2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 35 من أبواب حد السرقه، الحديث 1: 532.

....

الشَرح:

إقرار العبد على سيده فإن أقاموا البيّنه على ما ادّعوا على العبد أخذ بها العبد أو يفتديه مولاه»(1).

فإنّه يقال: لا وجه للاحتمال المزبور، فإنّ الظاهر من عدم سماع إقرار العبد بمناسبه الحكم والموضوع رعايه حقّ مولاه، فإذا اعترف مولاه به نفذ كما هو ظاهر روايه أبى محمد الوابشى، والعمده ما ذكرنا. والروايه وإن كانت كالصريحه فيه إلاّ أنّ لضعفها لا تصلح إلاّ للتأييد.

لا يقال: مقتضى صحيحه الفضيل الأخرى سماع إقرار العبد ولو كان مع إنكار سيّده فضلاً عن عدم تصديقه فإنّه قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: من أقرّ على نفسه عند الإمام بحقّ من حدود اللّه مرّه واحده حرّاً كان أو عبداً أو حرّه كانت أم أمه، فعلى الأمام أن يقيم الحدّ عليه للذى أقرّ به على نفسه كائناً من كان، إلاّ الزانى المحصن فإنّه لا يرجمه حتّى يشهد عليه أربعه شهداء، فإذا شهدوا ضربه الحدّ مأه جلده ثمّ يرجمه»(2).

فإنّه يقال: هذه الصحيحه معرض عنها فى كلا الحكمين فى نفوذ إقرار العبد والأمه وعدم سماع الإقرار الزانى المحصن وأنّ اللازم فى ثبوت الزنا من شهد أربعه شهود فلا تصلح لرفع اليد بها عمّا تقدّم.

والظاهر أنّ العبد إذا كان رهناً فلا يسمع إقراره بالجنايه على الغير سواء كان إقراره بما يوجب القصاص أو الديه، إلاّ إذا صدّقه المرتهن أيضاً ولايكفى تصديق مولاه، حيث إنّ جنايه العبد تكون فى رقبته، فيكون إقراره إقراراً على المرتهن. نعم لا بأس

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 121.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 32 من أبواب مقدمات الحدود، الحديث 1: 342.

أمّا المحجور عليه لفلسٍ أو سفهٍ فيقبل إقراره بالعمد[1] ويستوفى منه القصاص، وأمّا بالخطأ فتثبت ديته ولكن لا يشارک الغرماء، ولو أقرّ واحد بقتله عمداً وآخر بقتله خطأً تخيّر الولى تصديق أحدهما وليس له على الآخر سبيل[2].

الشَرح:

بإقرار العبد إذا كان أجيراً خاصّاً فإنّ المستأجر لا يملک إلاّ العمل الذى يكون بذمه العبد فمع ثبوت جنايته بإقراره والاقتصاص منه تبطل إجارته.

[1] وذلک فإنّ المحجور عليه لسفه أو فلس يكون حجره بالإضافه إلى أمواله والإقرار بالجنايه الموجبه للقصاص ليس تصرّفاً فيها، هذا بالإضافه إلى المحجور عليه لسفاهته، وأمّا إذا كان للفلس فيسمع إقراره بالجنايه خطأً أيضاً، وإذا صدّقه الغرماء يشاركهم مع تصديقهم. وأمّا مع عدم تصديقهم يثبت المال على ذمّته ولا يشاركهم أولياء المقتول فى أمواله لما ذكرنا من أنّ الحجر عليه بالأضافه إلى تلک الأموال بلا فرق بين أن يسند الموجب للديه إلى ما قبل الحجر عليه أم إلى ما بعده ولا يقاس بإقراره بالدين على الغير قبل الحجر عليه ولا بالبيّنه على الموجب السابق قبل الحجر عليه.

[2] والوجه فى ذلک نفوذ إقرار كلّ منهما على نفسه، فللولىّ أن يأخذ أيّاً منهما على إقراره حيث إنّ إقراره كلّ منهما بالقتل بانفراده ولا يجوز له الأخذ بكليهما، فإنّه من الأخذ بما يعلم بعدم الحقّ كذلک، ويدلّ على ذلک روايه الحسن بن صالح قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل وجد مقتولاً فجاء رجلان إلى وليّه فقال أحدهما: أنا قتلته عمداً، وقال الآخر: أنا قتلته خطأً، فقال: إن هو أخذ صاحب العمد فليس له على صاحب الخطأ سبيل، وإن أخذ بقول صاحب الخطأ فليس له على صاحب العمد سبيل»(1).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 3 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 1: 106.

ولو أقرّ بقتله عمداً فأقرّ آخر أنّه هو الذى قتله ورجع الأول، درىء عنهما القصاص والديه[1] وودى المقتول من بيت المال وهى قضيه الحسن عليه السلام .

الشَرح:

والروايه ضعيفه سنداً بحسن بن صالح الثورى فإنّه زيدى بتريّ متروک العمل بما يختصّ بروايته صالحه للتأييد.

ودعوى أنّ الراوى عنه الحسن بن محبوب وهو من أصحاب الإجماع أو انّ ابن الوليد لم يستثن الحسن بن صالح من رجال نوادر الحكمه وعدم استثنائه دليل على وثاقته لا يمكن المساعده عليها، لأنّ دعوى كون الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع، ككون غيره منهم لا يكون توثيقاً للرواه فى السند من قبله، وحسن بن صالح الذى لم يستثنه القمّيون من رجال نوادر الحكمه غير هذا الحسن فإنّ هذا من رجال الصادق والباقر عليهماالسلام ، وهو ممّن روى عنه فى نوادر الحكمه، يعنى الحسن بن صالح بن محمد الهمدانى واختلط أحدهما بالآخر فى كلام بعضهم، فراجع.

[1] المشهور بين أصحابنا قديماً وحديثاً أنّه لو أقرّ شخص بقتل الآخر عمداً وأقرّ شخص آخر أنّه هو الذى قتله دون المقرّ أوّلاً، ورجع المقرّ الأول أيضاً عن إقراره سقط القصاص والديه عن كلّ من المقرّين وودى المقتول من بيت المال.

ومقتضى ما تقدّم فى السابق على ذلک أنّه لا اعتبار برجوع الأوّل عن إقراره وأنّ أولياء الدم يتخيّرون فى القصاص من أىّ المقرّين مع احتمال صدور القتل من كلّ منهما أخذاً بأىّ من الاقرارين.

ولكن ذكروا أنّه يرفع اليد عن ذلک بروايه على بن إبراهيم عن أبيه عن بعض أصحابنا رفعه إلى أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل وجد فى خربه وبيده سكّين ملطّخ بالدم، وإذا برجل مذبوح يتشحطّ فى دمه، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : ما تقول؟ قال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به فأقيدوه به، فلما ذهبوا به أقبل

وأمّا البينه فلا يثبت ما يجب به القصاص إلاّ بشاهدين ولا يثبت بشاهد وأمرأتين[1]، وقيل تثبت به الديه وهو شاذ، ولا بشاهد ويمين، ويثبت بذلک ما يُوجب الديه كقتل الخطأ والهاشمه والمنقّله وكسر العظام والجائفه.

الشَرح:

رجل مسرع . . . إلى أن قال: فقال أنا قتلته، فقال أمير المؤمنين للأول: ما حملک على إقرارک على نفسک؟ فقال: وما كنت أستطيع أن أقول وقد شهد علىّ أمثال هؤلاء الرجال وأخذونى وبيدى سكّين ملطّخ بالدم، والرجل يتشحّط فى دمه وأنا قائم عليه خفت الضرب فأقررت وأنا رجل كنت ذبحت بحنب هذه الخربه شاه وأخذنى البول فدخلت الخربه فرأيت الرجل متشحّطاً فى دمه فقمت متعجّباً فدخل علىّ هؤلاء فأخذونى، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : خذوا هذين فاذهبوا بهما إلى الحسن وقولوا له ما الحكم فيهما، قال: فذهبوا إلى الحسن وقصّوا عليه قصّتهما، فقال الحسن عليه السلام : قولوا لأمير المؤمنين عليه السلام ان كان هذا ذبح ذاک فقد احيى هذا وقد قال اللّه عز وجل: «ومن أحياها فكأنّما أحيا الناس جميعاً» يخلاّ عنهما وتخرج ديه المذبوح من بيت المال»(1).

ولكن الروايه وارده فى مورد خاصّ وفى سندها إرسال ورفع وعمل الأصحاب بها لا يدفع احتمال الحكم بصوره معلوميه صدق المقرّ الثانى كما يقتضيه الجواب «إن كان هذا ذبح ذاک فقد أحيى هذا» فسرايه الحكم إلى صوره احتمال الاقرار من كلّ منهما غير ممكن لو لم يكن العمل بأصل الروايه مشكلاً.

هذا مع رجوع الأوّل عن إقراره على ما ذكروا، ومع معلوميه الكذب فى إقراره على ما ذكرنا وإلاّ يتخيّر أولياء المقتول كما يقتضيه ما تقدّم فى المسأله السابقه.

[1] قد ذكرنا فى بحث الشهادات أنّ الأخبار الوارده فى ثبوت القتل بشهاده

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 4 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 107.

....

الشَرح:

النساء على طوائف ثلاث:

منهما: ما يدلّ على قبول شهادتين فى القتل، كصحيحه جميل بن دراج ومحمد بن حمران عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلنا: أتجوز شهاده النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده انّ عليّاً عليه السلام كان يقول لا يبطل دم امرى ء مسلم»(1).

ومنها: ما تدلّ على عدم ثبوت القتل بشهادتينّ كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثه رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم ولا تجوز شهاده النساء فى القتل»(2).

وطائفه ثالثه: تدلّ على عدم ثبوت القود بشهادتهنّ كمعتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليه السلام قال: «لاتجوز شهاده النساء فى الحدود ولا فى القود»(3).

وقلنا بأنّ مقتضى الجمع بين الأخبار الالتزام بعدم ثبوت القصاص بشهاده النساء منفردات أو منضمّات كشهاده رجل وامرأتين، فيحمل الدالّه على عدم قبول شهادتهنّ على عدم ثبوت القصاص بشهادتهنّ وأنّه لو شهدن منفردات أو منضمّات بموجب القصاص يثبت الديه خاصه كما يقتضيه التعليل فى صحيحه جميل ومحمد بن حمران فإنّ مقتضى عدم ذهاب دم المسلم هدراً أنّه لم يثبت القصاص بل انتقل إلى الديه بل قلنا إنّه إذا شهدت امرأه واحده بالقتل ولو عمداً ثبت ربع الديه على المشهود عليه كما يدل على ذلک صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 1: 258.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 28: 264.
3- (3) الوسائل: ج 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 29: 254.

. ...

الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام فى غلام شهدت عليه امرأه أنّه دفع غلاماً فى بئر فقتله فأجاز شهاده المرأه بحساب شهاده المرأه»(1).

ويدلّ على ذلک أيضاً روايه عبداللّه بن الحكم قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن امرأه شهدت على رجل أنّه دفع صبيّاً فى بئر فمات قال: على الرجل ربع ديه الصبى بشهاده المرأه»(2).

وقد ظهر مما ذكرنا أنّ ما ذكر الماتن قدس سره من نسبه القول الذى ذكره الشيخ وجماعه إلى الشذوذ وعدم الرضا به ضعيف.

لا يقال: على ذلک لو شهد رجل واحد على القتل عمداً يثبت به نصف الديه أخذاً بما دلّ على عدم ذهاب دم امرء مسلم هدراً، ولفحوى صحيحه محمد بن قيس.

فإنّه يقال: التعليل المزبور وارد فى قبول شهاده النساء فى القتل مع ورود أنّه لا يثبت القود بشهادتهنّ ولم يثبت قبول شهاده رجل واحد على القتل عمداً من غير ضمّ شهاده رجل آخر أو شهاده النساء ليحمل عليه ثبوت الديه وما ورد فى صحيحه محمد بن قيس مورده شهاده المرأه الواحده وقبول شهادتها فى ربع الديه حكم على خلاف القاعده لا يمكن التعدّى عن موردها وما هو المفروض فيها.

ثمّ انّه ذكر الماتن قدس سره أنّه يثبت بشهاده رجل وامرأتين وكذا بشهاده رجل ويمين المدّعى ما يكون موضوعاً لثبوت الديه على الجانى أو عاقلته كالشهاده بالقتل خطأً أو بالجرح الذى لا يثبت فيه إلاّ الديه، وكذا الشهاده بكسر العظام، وتدخل فيه الهاشمه

1- (1) الوسائل: ج 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 26: 263.
2- (2) الوسائل: ج 18، الباب 24 من أبواب الشهادات، الحديث 23: 265.

ولا تقبل الشهاده إلاّ صافيه عن الاحتمال[1] كقوله: ضربه بالسيف فمات، أو فقتله أو فأنهر دمه فمات فى حاله، أو فلم يزل مريضاً منها حتى مات وإن طالت المده، ولو أنكر المدّعى عليه ما شهدت به البيّنه لم يلتفت إلى الشَرح:

والمنقّله أيضاً. ويعلّل ذلک كما فى الجواهر(1) وغيره بأنّه يثبت بكلّ منهما المال الذى منه الديه.

أقول: قد ذكرنا فى بحث القضاء والشهادات أنّه يثبت بشهاده رجل ويمين المدّعى الدّين، وهو المال الثابت على الذمه وغيره من المعين وساير حقوق الناس والقصاص أيضاً من حقوق الناس إلاّ أنّه ذكرنا فى ذلک البحث أنّه يرفع اليد عن الاطلاق فى مورد قيام الدليل على خلافه، وهو كذلک بالإضافه إلى القصاص مطلقاً لو لم نقل بقيام الدليل عل خلافه فى دعوى القتل ولو كان القتل خطأً على ما يأتى.

[1] وقد يقال: يعتبر فى الشهاده على القتل أن يكون كلام الشاهد صريحاً فى استناد القتل إلى الجانى، كقوله: ضربه بالسيف فمات بالضربه، أو أنهر دمه فمات فى الحال، أو ضربه بالسيف فلم يزل مريضاً حتّى مات من ذلک.

ولكن لا يخفى أنّه إذا كان لكلام الشاهد ظهور فى إسناد القتل إلى الجانى يكفى ذلک الظهور فى سماع الشهاده، لاعتبار الظواهر، ولذا لو اعترف الجانى بالقتل بمثل ذلک الكلام يؤخذ بإقراره كما لو قال ضربته فمات، وإذا كان ذلک إقراراًبالقتل يكون الأمر فى الشاهد أيضاً كذلک.

1- (1) جواهر الكلام: 42/209.

إنكاره[1]، وإن صدّقها وادّعى الموت بغير الجنايه كان القول قوله مع يمينه.

وكذا الحكم فى الجراح، فإنّه لو قال الشاهد: ضربه فأوضحه، قُبل[2]، الشَرح:

[1] إذا شهدت البيّنه أنّ فلاناً قتل زيداً وأنكر المشهود عليه أنّه قتله لم يلتفت إلى إنكاره، فإنّ البيّنه حجّه على المدّعى عليه منكراً كان أم لا.

وإذ شهدت بالفعل القاتل عادةً دون القتل وصدّقه المدّعى عليه ولكن ادّعى أنّه لم يقتل والقتل وقع بغير ذلک الفعل، كان القول قوله إذا احتمل صدقه، ولا يبعد أن يكون الشهاده على الفعل غير القاتل أيضاً كذلک حتّى إذا لم يعترف المشهود عليه بقتله فإنّ المفروض انّ الشهاده لم تقع على القتل وإنّما وقعت على الفعل، وقد تقدّم أنّه يعتبر فى سماع الشهاده من الشاهد إسناد القتل إلى المشهود عليه، ويمكن دعوى أنّ المورد مع البيّنه المزبوره يكون من موارد اللوث فيترتّب عليه الحكم فى موارده.

[2] وذكر الماتن قدس سره انّ السماع وعدمه فى الشهاده على الجروح أيضاً، كذلک فيثبت الجرح الموجب للقصاص إذا كانت الشهاده صافيه خاليه عن الاحتمال، فإن قال الشاهد: ضربه فأوضحه، يثبت الشهاده على الموضحه، وأمّا لو قال: اختصما ثمّ افترقا وهو مجروح أو ضربه فوجدناه مشجوجاً لم يقبل، لا حتمال أن يكون سبب الجرح والشجاج أمراً آخر. ومن هذا القبيل لو قال: ضربه فجرى دمه، حيث إنّ الشهاده خاليه عن إسناد سيلان الدم إلى الضارب بخلاف ما لو قال: ضربه فأجرى دمه، فإنّه تقبل وتثبت الداميه، ولو قال: أسال دمه فمات، تثبت الداميه ولا يثبت القتل.

أقول: قد تقدّم منه قدس سره أنّه إذا شهدت البيّنه على أنّه ضربه بالسيف فمات يثبت القتل، فالفرق بينه وبين الشهاده على أنّه أسال دمه فمات فيه تأمّل ظاهر.

ولو قال: اختصما ثمّ افترقا وهو مجروح او ضربه فوجدناه مشجوجاً، لم يُقبل، لاحتمال أن يكون من غيره، وكذا لو قال: فجرى دمه. وأمّا لو قال: فأجرى دمه قُبلت، ولو قال: أسال دمه فمات، قُبلت فى الداميه دون ما زاد، ولو قال: أوضحه فوجدنا فيه موضحتين سقط القصاص[1]، لتعذّرالمسافات فى الاستيفاء ويرجع الشَرح:

وأمّا أصل الحكم، فقد ذكرنا المتّبع فى الشهاده ظهور الكلام ولا يعتبر الصراحه بالمعنى المتقدّم بلا فرق بين الشهاده بالقتل أو الشهاده بالجرح.

[1] وهذا أيضاً متفرّع على اعتبار كون الشهاده صافيه فإنّه لو قال: ضربه فأوضحه ووجدنا فيه موضحتين لعدم تعيين الموضحه التى بفعل الشهود عليه سقط القصاص لأنّه يعتبر فى القصاص فى الجرح المماثله من حيث المساحه والمحلّ، ويتعذّر ذلک مع تعدّد الموضحتين، مع العلم أو الاحتمال بكون أحدهما بفعل المشهود عليه وينتقل الأمر إلى الديه، لعدم اختلاف الديه فى الموضحه واحتمال أن يكون القصاص بأقلّهما ضعيف، لأنّ الاستيفاء يعتبر فيه المماثله من حيث موضع الجنايه مع موضع القصاص.

وكذا فيما إذا شهدت البيّنه على الجنايه فى عضوه بأن قال: قطع يده فوجدناه مقطوع اليدين، فإنّه مع عدم اليقين لا يمكن القصاص المعتبر فيه المماثله، لمثل قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم».

وكلّ موضع امتنع فيه القصاص من الجانى ينتقل فيه الأمر إلى الديه.

وعلى الجمله، البيّنه لا تثبت القصاص إلاّ أن تشهد على عين الجنايه مع وجدان المتعدّد بأن يقول هذه الموضحه أو هذه الشجّه أو هذه اليد قطعها فلان، وهكذا.

إلى الديه، وربّما خطر الاقتصاص بأقلّهما، وفيه ضعف، لأنّه استيفاء فى محل لا يتحقق توجّه القصاص فيه. وكذا لو قال قطع يده ووجد مقطوع اليدين[1]. ولا يكفى قوله: فأوضحه ولا شجّه، حتّى يقول: هذه الموضحه أو هذه الشجّه، لاحتمال غيرها أكبر أو أصغر، ويشترط فيهما التوارد على الوصف الواحد.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّه يعتبر فى سماع الشهاده أن لا تختلف فى شهادتهما فى وصف الجنايه، كأنّ شهد أحدهما بالقتل بالسيف، والآخر بالقتل بالسكّين، أو شهد أحدهما بالقتل ليلاً والآخر بالقتل نهاراً، أو شهد أحدهما أنّه قتله فى مكان كذا، وشهد الآخر أنّه قتله فى مكان آخر، فلا يثبت القتل بمثل هذه الشهاده، لأنّ المعتبر فى الشهاده أن يكون المخبر به فى إخبار أحدهما هى الواقعه المخبر بها فى شهاده الآخر ولم يتحقّق ذلک فى الفرض.

وهل يكون المورد مع عدم توارد الشاهدين على وصف واحد من موارد اللوث كما عن الشيخ قدس سره فى المبسوط لا تّفاقهما على حصول القتل واتّفاقهما على صدور الجنايه من ا لمشهود عليه أم لا؟

الأظهر عدم ثبوت اللوث، لأنّ الشهاده من عدل واحد تعدّ لوثاً إذا لم تتعارض مع شهاده الآخر، نظير ما إذا شهد أحدهما بصدور القتل من المدّعى عليه والآخر بأنّه أقرّ بجنايته وأنّه قاتله، لأنّ هذا المفروض خال عن التكاذب بين الشهادتين.

أقول: قد ذكرنا فى بحث الشهادات أنّه إذا اتّفق الشاهدان فى الشهاده والحضور فى واقعه واحده بأن قال أحدهما: أنا وصاحبى رأينا أنّ فلاناً قتل المقتول فى مكان كذا، وقال الآخر أيضاً هذا الكلام، ولكن قال أحدهما أنّه كان يوم الجمعه، وقال الآخر: أنت مشتبه كان يوم السبت، أو قال أحدهما: أنا وصاحبى كنّا حاضرين عند ما قتل هذا فلاناً،

فلو شهد أحدهما أنّه قتله غدوةً، والآخر عشيةً، أو بالسكّين، والآخر بالسيف، أو القتل فى مكان معيّن والآخر فى غيره، لم يقبل، وهل يكون ذلك لوثاً؟ قال فى المبسوط: نعم، وفيه إشكال، لتكاذبهما. أمّا لو شهد أحدهما بالإقرار والآخر بالمشاهده لم يثبت وكان لوثاً، لعدم التكاذب.

وهنا مسائل:

الاولى: لو شهد أحدهما بالإقرار بالقتل

الاولى: لو شهد أحدهما بالإقرار بالقتل مطلقاً، وشهد الأخر بالإقرار عمداً ثبت القتل[1] وكلّف المدّعى عليه البيان، فإن أنكر القتل لم يقبل منه، لأنّه إكذاب

الشَرح:

وقال الآخر أيضاً كذلك، ولكن وصف أحدهما مكان القتل بأنّه كان القتل بأزاء بيت فلان، وقال الآخر: أنت مشتبه كان بأزاء بيت شخص آخر، ونحو ذلك مما يرجع إلى تخطئه كلّ منهما الآخر فى خصوصيات الواقعه ونسيانها مع اتفاقهما فى الشهاده بواقعه خارجيه واحده، فهذا المقدار يكفى فى الشهاده ولو لم يكن هذا كافياً فى الدم، فلا أقلّ من أنّه من موارد اللوث.

[1] وذلک لأنّ شهاده الشاهدين ليست بنفس القتل بل على الإقرار بصدور القتل، فيمكن أن يقرّ عند أحدهما بالقتل من غير توصيف، وعند الآخر بالقتل عمداً أو سمع أحدهما التوصيف ولم يسمع الآخر.

وعليه فإن بيّن المدّعى عليه بعد تكليفه بالبيان أنّه كان عمداً وصدقّه الولى، أو قال: كان خطأً مع تصديق الولى فلا خفاء فى الحكم.

وأمّا إذا أنكر القتل، فلا يسمع منه الإنكار، لأنّه تكذيب للبيّنه، وإن نفى العمد، فإن ادّعى الولى خلافه فعليه الإثبات. وظاهر كلام الماتن وغيره أنّ شهاده الشاهد الواحد بإقرار الجانى بالقتل عمداً لا يوجب اللوث الموجب لثبوت القتل عمداً مع إنكار المشهود عليه العمد وإقراره بالخطأ فلا يثبت دعواه العمد بالقسامه، ولذا لو أقام

للبيّنه، وإن قال: عمداً قُبل، وإن قال: خطأً وصدّقه الولى فلا بحث وإلاّ فالقول قول الجانى مع يمينه، ولو شهد أحدهما بمشاهده القتل عمداً والآخر بالقتل المطلق وأنكر القاتل العمد وادّعاه الولى كانت شهاده الواحد لوثاً ويثبت الولىّ دعواه بالقسامه إن شاء.

الشَرح:

المدّعى فى الفرض البيّنه على عمده فهو، وإلاّ يحلف الجانى على عدم العمد ويثبت القتل خطأً، ولكن يتحمّلها الجانى لما تقدّم من أنّ إقرار الجانى بالقتل خطأً لا يوجب الديه على العاقله، بل تكون الديه عليه كما أنّ ظاهره أنّه لو لم يحلف الجانى على عدم القتل عمداً وردّ اليمين على الولى بردّه أو بنكوله وحلف الولى على تعمّده ثبت القصاص، وهذا بخلاف ما إذا شهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل المطلق، وأنكر الجانى القتل عمداً وكان الولى مدّعياً التعمّد فإنّه تحسب شهاده الواحد حيث لا ينكرها الآخر لوثاً، فعلى الولى المدّعى للتعمّد إثباته بالقسامه إن شاء.

أقول: قد تقدّم أنّه لا تتحقّق البيّنه على أمر معيّن خارجى إلاّ بإخبار كلّ من الشاهدين بذلک الأمر بعينه، وإذا أخبر أحدهما بأمر معيّن والآخر بأمر معيّن آخر وكان الأمران مشتركان فى العنوان الموضوع لا يثبت ذلک الموضوع بالبيّنه.

وعليه، فإذا أخبر أحد الشاهدين أنّ فلاناً أقرّ عندى أنّه قتل زيداً عمداً وأخبر الآخر أنّه أقرّ عندى بقتل زيد من غير توصيف بالعمد، فلا يثبت شىء من الإقرارين بالبيّنه.

وإطلاق كلام الماتن كغيره من ثبوت القتل بذلک، فإن أنكر قتله فلا يقبل، لأنّه تكذيب بالبيّنه لا يمكن المساعده عليه، فإنّ البيّنه لم تقم على القتل ولا إقرار معيّن.

نعم لو أخبر بإقرار معيّن واحد، وقال أحدهما أنّه وصف قتله زيداً بالعمد، وقال الآخر ما وصفه فيه بالعمد أو ما سمعت التوصيف بالعمد ثبت الإقرار بالقتل بالبيّنه.

الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين

الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين

الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين فشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنّهما هما القاتلان على وجه لا يتحقّق معه التبرّع، أو إن تحقّق لا يقتضى إسقاط الشهاده، فإن صدّق الولى الأوّلين حكم له [1] وطرحت شهاده الآخرين، وإن صدّق الجميع أو صدّق الآخرين سقط الجميع.

الشَرح:

وأيضاً ما ذكروا من انحصار حصول اللوث على ما إذا أخبر أحدهما بالقتل عمداً والآخر بمطلق القتل ولا يحصل بإخبار أحدهما بإقراره بالقتل عمداً وإخبار الآخر بإقراره بمطلق القتل لا يمكن المساعده عليه سواء قلنا بعدم ثبوت الاقرار بالقتل بالاخبار بالإقرارين من الشاهدين كما فى إخبار أحدهما بإقرار وإخبار الآخر بإقرار آخر، أو قلنا بالثبوت كما تقدّم فذلک المورد أيضاً من موارد اللوث، إلاّ أن يثبت تسالم على خلاف ذلک وانّ موارد الإخبار بالإقرار لا يدخل فى اللوث، سيأتى التكلّم فيه إن شاء اللّه تعالى.

[1] للمسأله فرضان:

الأوّل: أن يدّعى أولياء المقتول على اثنين أنّهما قتلا مورثّهم وأقاموا البيّنه على دعواهم، وبعد ما شهدت البيّنه على دعواهم أو قبل شهادتهما، شهد الاثنان على أنّ البيّنه هما اللذان قتلا مورثّهم، وفى مثل ذلک لا يسمع شهاده المدّعى عليهما، لأنّهما متّهمان بدعوى المدّعى بدفع الضرر عنهما، وتسمع البيّنه التى شهدت على الدعوى.

نعم، لو صدّقهما المدّعى بعد شهادتهما أو صدّق الجميع، تسقط الدعوى، لأنّ دعواه أوّلاً تكذيب لتصديقه وتصديقه تكذيب لدعواه.

والثانى: إذا شهدت البيّنه حسبةً على اثنين أنّهما قتلا فلاناً وقلنا بسماع الشهاده حسبةً فى المقام وشهد الاثنان على أنّ الشاهدين هما قتلاه.

فظاهر الماتن قدس سره انّ الحكم فى هذا الفرض أيضاً كما فى فرض سبق دعوى الولى.

ص :187

الثالثه: لو شهدا لمن يرثانه[1] أنّ زيداً جرحه بعد الاندمال قبلت ولا تقبل قبله، لتحقق التهمه على تردّد، ولو اندمل بعد الاقامه فأعادت الشهاده قبلت، لانتفاء التهمه، ولو شهدا لمن يرثانه وهو مريض قبلت، والفرق أنّ الديه يستحقّانها ابتداءاً وفى الثانيه يستحقّانها من ملک الميّت.

الشَرح:

وفيه تأمّل ظاهر، فإنّ مجرّد السبق فى الشهاده لا يوجب التهمه فى البيّنه الأخيره، ولذا يقال إنّه إن صدّق الولى إحدى البيّنتين تعلّق بالأخرى القصاص، وإلاّ يكون مخيراً فى القصاص من أىّ منهما.

ففيه أيضاً انّ الفرض غير منصوص وقياسه بالشهاده وبالإقرار من غير المشهود عليه ليس من مذهبنا، ولا يبعد أن ينتقل الأمر بأخذ الديه، لعدم إمكان القود من الجميع ولا من أىّ من البيّنتين، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا شهد الشاهدان لمن يرثانه أنّ فلاناً جرحه بجراحه .كانت شهادتهما بعد اندمال جرحه وعدم سرايته إلى نفسه قبلت شهادتهما بخلاف ما إذا كان قبل الاندمال مع احتمال السرايه، فإنّه لا تقبل شهادتهما حيث تتحقّق فى شهادتهما التهمه. نعم إذا اندمل الجرح ولم يسر إلى النفس فأعاد الشهداه قبلت، لانتفاء التهمه.

ولا يبعد أن يقال: إذا شهدا لمن يرثانه قبل اندمال الجرح تبقى شهادتهما معلّقه على سرايه الجرح واندماله، فإن اندمل تقبل لإحراز عدم كون شهادتهما لنفسهما بخلاف ما إذا مات بالسرايه، فإنّه يجب شهادتهما من الدعوى على الجارح. وما فى كلام الماتن من التردّد فى عدم سماع شهادتهما قبل اندمال الجرح باطلاقه لا يمكن المساعده عليه.

وعلى الجمله، عدم سماع شهادتهما قبل ظهور الاندمال الموجب لانتفاء السرايه لاحتمال كون شهادتهما من دعواهما على الجارح، ولا يقاس ذلک بما إذا شهدا لمن يرثانه بالمال على الغير أو عند الغير وكان المشهود له مريضاً مرض الموت، فإنّه

الرابعه: لو شهد شاهدان من العاقله بفسق شاهدى القتل[1]، فإن كان القتل عمداً أو شبيهاً به أو كانا ممن لا يصل إليهما العقل حكم بهما وطرحت شهاده القتل وإن كانا ممن يعقل عنه لا يقبل، لأنّهما يدفعان عنهما الغرم.

الشَرح:

تقبل شهادتهما، لعدم كون شهادتهما من دعواهما على الغير، حيث انّ المال ينتقل بشهادتهما إلى ملک المريض، حتى مع موته فيما بعد، ولذا يحكم بنفوذ تصرّفاته قبل موته، ويؤدّى منه ديونه وينفذ فيه وصاياه.

وأمّا الديه فإنّه على تقدير السرايه للوارث ابتداءً ولا مجال لتوهّم دخولها فى ملک الميت بموته بدعوى أنّه يؤدّى منها أيضاً ديونه وينفذ وصيتّه من الديه أيضاً وعدم جواز تصرّفه فيها قبل موته بتمليكها للغير مجاناً أو معاوضه أو مصالحه أو إسقاط إنّما هو لعدم صحّه التمليک قبل التملّک وعدم صحه الأسقاط قبل الثبوت.

والوجه فى عدم المجال أنّ ما ذكر من أداء دينه منها ونفوذ وصيتّه منها حكم تعبّدى يثبت حتى مع ثبوت الديه صلحاً على القصاص من ولىّ الدم، وأيضاً لا دليل على ردّ الشهاده بمجرّد تحقّق عنوان التهمه حتّى يفرق بين الأمرين بما ذكر، بل الثابت ردّ الشهاده بأمور انتزع منها عنوان التهمه فى كلماتهم، وليس احتمال وصول الديه أو تعلّقها بالشاهد من تلک الأمور إذا كان المشهود به مجرّد الجرح قبل السرايه ولا يدخل الشاهدان وقت الشهاده فى عنوان المدّعى كما هو ظاهر.

[1] [ذكر قدس سره أنّه تقبل الشهاده من افراد العاقله بفسق الشاهدين على القتل إذا كان المشهود به القتل عمداً أو شبه العمد، فإنّ شهادتهما تحسب جرحاً فى شاهدى القتل، فتطرح شهادتهما. بخلاف ما إذا كان المشهود به القتل خطأً محضاً، فإنّهما يدخلان فيمن يدفعان الغرم عن نفسهما بشهادتهما، فتحقّق التهمه الموجبه لردّ شهادتهما بفسق شهود القتل، وقد عمّم قدس سره سماع شهادتهما بفسق الشهود ما إذا كان المشهود به

الخامسه: لو شهد اثنان أنّه قتل

الخامسه: لو شهد اثنان أنّه قتل، وآخران على غيره أنّه قتله، سقط القصاص ووجبت الديه عليهما نصفين[1]. ولو كان خطأً كانت الديه على عاقلتهما، ولعلّه احتياط فى عصمه الدم لما عرض من الشبهه بتصادم البيّنتين ويحتمل هذا وجهاً آخر وهو تخيّر الولى فى تصديق أيّهما شاء، كما لو أقرّ اثنان بقتله كلّ واحد منهما بقتله منفرداً والأوّل أولى.

الشَرح:

القتل خطأً محضاً، ولكن كانا ممن لا يصل إليهما العقل كما إذا كان فى عصبه القاتل من هو أقرب إليه منهما، بأن كانا متقرّبين للقاتل بأبيهما خاصه، وكان ما إذا كان المتقرّب بأبويه من أقرباء الأب للقاتل فقيراً بناءً على اعتبار الغنى فيمن يتحمّل الديه من عصبه الميت، ولكن فى تقديم المتقرّب بالأبوين على المتقرّب بالأب وكذا فى اعتبار الغنى فى من يتحمّلها تأمّل وإشكال يأتى الكلام فى باب العاقله إن شاء اللّه تعالى.

[1] وكأنّه لدلاله البيّنتين على أنّ غير المشهود عليهما غير قاتل ولتردّد القاتل بينهما وعدم إمكان القصاص يكون ديه المقتول عليهما، هذا فيما إذا كان القتل عمداً. وأمّا إذا كان خطأً محضاً تكون الديه على عاقلتهما نصفين.

ولكن لا يخفى أنّ ثبوت الدلاله على أنّ غيرهما غير قاتل على تقدير كون المشهود عليه فى كلّ من البيّنتين قاتلاً، وهذا غير ثابت مع تعارضهما كما أو ضحنا ذلک فى بحث تعارض الخبرين، وعليه لا مقتضى للقصاص منهما، ولا لأخذ الديه منهما، ولا أخذها من عاقلتهما، إذا كان القتل خطأً.

وما ذكر الماتن قدس سره من تخيير الولى فى تصديق أيّهما شاء نظير ما أقرّ اثنان كلّ منها بقتله بانفراده، فإنّه قياس مع الفارق بين المسألتين على ما تقدّم.

والظاهر أنّ مع تعارض البيّنتين لا قصاص ولا ديه ولا اعتبار لتصديق ولىّ الدم لما ذكرنا فى بحث القضاء أنّ على المدّعى إثبات دعواه بالبيّنه التى تحسب حجّه

السادسه: لو شهدا أنّه قتل زيداً عمداً

السادسه: لو شهدا أنّه قتل زيداً عمداً فأقرّ آخر أنّه هو القاتل وبرّأ المشهود عليه[1]، فللولى قتل المشهود عليه ويردّ المقر نصف ديته، وله قتل المقرّ ولا ردّ لإقراره بالانفراد، وله قتلهما بعد أن يردّ على المشهود عليه نصف ديته دون المقرّ، ولو أراد الديه كانت عليهما نصفين، وهذه روايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام وفى قتلهما اشكال لانتفاء الشركه. وكذا فى إلزامهما بالديه نصفين. والقول بتخير الولى فى احدهما: وجه قوى، غير أن الروايه من المشاهير.

الشَرح:

والبيّنه المعارضه بمثلها لا تكون حجّه.

[1] فى المسأله صور:

الأولى: أن يعلم أولياء المقتول بكذب المقرّ خاصه أو بكذب البيّنه خاصه، وفى مثل ذلک لا يجوز لهم القصاص ممن يعلمون أنّه ليس بقاتل، وصحيحه زراره المشار إليهما فى المتن منصرفه عن هذه الصوره.

الثانيه: ما إذا احتمل اشتراک المشهود عليه والمقرّ، وقول المقرّ بأنّه قاتل وإن كان نافذاً فإنّه اعتراف على نفسه، إلاّ أن تبرئته المشهود عليه غير معتبر فى نفى القصاص عن المشهود عليه، لأنّه ليس من الاعتراف على نفسه.

وعلى ذلک، فإن كانت شهاده البيّنه بكون المشهود عليه قاتلاً للمقتول من غير أن تنفى اشتراک الآخر، فمقتضى مدلولها وما هو معتبر من قول المقرّ كونهما مشتركين فى القتل.

وكذلک ما إذا شهدت البيّنه بأنّ المشهود عليه قاتل، وليس غيره قاتلاً فإنّ شهادتهما بأنّ غيره ليس قاتلاً يسقط بإقرار المقرّ بأنّه قاتل ويجرى فى المقام حكم الاشتراک أيضاً بمعنى أنّه لو أخذ أولياء الميت القصاص من المشهود عليه فقط يجب على المقرّ ردّ نصف الديه إلى أولياء المشهود عليه، فإن قتلوا المقرّ فلا يردّ المشهود

ص :191

....

الشَرح:

عليه نصف الديه أخذاً بالمقرّ على إقراره بأنّه هو القاتل دون المشهود عليه وإن قتل أولياء المقتول كلاً من المشهود عليه والمقرّ يجب عليهم ردّ نصف الديه على أولياء المشهود عليه ولا يردون شيئاً على أولياء المقرّ أخذاً بإقراره.

وروى زراره فى صحيحه عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل قتل فحمل إلى الوالى وجائه قوم فشهد عليه الشهود أنّه قتل عمداً، فدفع الوالى القاتل إلى أولياء المقتول ليقاد به، فلم يريموا حتّى أتاهم رجل فأقرّ عند الوالى أنّه قتل صاحبهم عمداً وأنّ هذا الرجل الذى شهد عليه الشهود برى ء من قتل صاحبه فلا تقتلوه به، وخذونى بدمه، قال: فقال أبو جعفر عليه السلام : إن أراد أولياء المقتول أن يقتلوا الذى أقرّ على نفسه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الآخر، ثمّ لا سبيل لورثه الذى أقرّ على نفسه على ورثه الذى شهد عليه، وإن أرادوا أن يقتلوا الذى شهد عليه فليقتلوا ولا سبيل لهم على الذى أقرّ، ثمّ ليؤدّ الديه الذى أقرّ على نفسه إلى أولياء الذى شهد عليه نصف الديه قلت: أرأيت إن أرادوا أن يقتلوهما جمعياً، قال: ذاک لهم وعليهم أن يدفعوا إلى أولياء الذى شهد عليه نصف الديه خاصّاً دون صاحبه، ثمّ يقتلونهما، قلت: إن أرادوا أن يأخذوا الديه؟ قال فقال: الديه بينهما نصفان، لأنّ أحدهما أقرّ والأخر شهد عليه، قلت: كيف جعلت لأولياء الذى شهد عليه على الذى أقرّ نصف الديه، حيث قتل ولم تجعل لأولياء الذى أقرّ على أولياء الذى شهد عليه ولم يقرّ؟ قال فقال: لأنّ الذى شهد عليه ليس مثل الذى أقرّ، الذى شهد عليه لم يقرّ ولم يبرّأ صاحبه، والآخر أقرّ وبرّأ صاحبه فلزم الذى أقرّ وبرّأ صاحبه ما لم يلزم الذى شهد عليه ولم يقرّ ولم يبرّأ صاحبه»(1).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 5 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 1: 108.

....

الشَرح:

أقول: يمكن أن يقال بأنّ مقتضى ذيل الروايه وإن يمكن جواز قتل المشهود عليه قصاصاً مع قتل المقرّ حتّى فى الصوره الثالثه التى يعلم بعدم اشتراک فى القتل بينهما، إلاّ أنّه لا يمكن الالتزام بذلک، لعلم أولياء المقتول أنّ قتل واحد منهما عدوان وبغير نفس، فيكون مخالفاً للمنع الوارد فى الكتاب العزيز.

ولذا يقال: أنّه يجوز لأولياء المقتول القصاص من المقرّ لنفوذه إقراره حتّى مع المعارضه للبيّنه ولا اعتبار للبيّنه مع الإقرار، ولا يردّ إلى أولياء المقرّ نصف الديه لا من قبل أولياء المقتول ولا من المشهود عليه، لعدم ثبوت كونه قاتلاً.

وعلى الجمله، الصحيحه محموله على صوره احتمال الشركه.

وربّما يخطر بالبال ظهور صدر الصحيحه فى صوره العلم بعدم الاشتراک حيث ذكر عليه السلام فيه «إن أراد أولياء المقتول أن يقتلوا الذى أقرّ على نفسه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الآخر».

فإنّ قوله عليه السلام «ولا سبيل لهم على الآخر» لا يجتمع مع جوازه قتلهم المشهود عليه، وكذا فى قوله عليه السلام «إن أرادوا أن يقتلوا الذى شهد عليه فليقتلوه ولا سبيل لهم على الذى أقرّ».

وعلى ذلک، فلا بأس بالالتزام بالتخيير مع عدم احتمال الشركه أخذاً بالروايه.

ولكّنه توهّم ولا يمكن حمل الصدر على صوره عدم احتمال الاشتراک، لأنّه ذكر فى الصدر ردّ المقرّ نصف الديه على ورثه المشهود عليه، ولابدّ من حمل الصحيحه صدراً وذيلاً على صوره احتمال الاشتراک، وفى غيرها يؤخذ المقرّ بإقراره، لنفوذ الإقرار ولو مع المعارضه مع البيّنه، وتطرح البيّنه لسقوطها عن الاعتبار بالتعارض مع

السابعه: قال فى المبسوط: لو ادّعى قتل العمد

السابعه: قال فى المبسوط: لو ادّعى قتل العمد وأقام شاهداً وامرأتين ثمّ عفا، لم يصحّ، لأنّه عفا عمّا لم يثبت[1]، وفيه إشكال، إذ العفو لا يتوقّف على ثبوت الحقّ عند الحاكم.

وأمّا القسامه، فيستدعى البحث فيها مقاصد الأول فى اللوث[2] ولا قسامه مع

الشَرح:

الإقرار، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] لا يخفى أنّه لا يصحّ العفو قبل تمام الموضوع لحقّ القصاص، وأمّا إسقاطه قبل إحراز وجوده الواقعى بأن يسقطه على تقدير تحقّقه واقعاً فلا إشكال فيه، لأنّه على التقدير حقّ قابل للإسقاط.

القسامه

اللوث

[2] ذكر أصحابنا أنّه لا يثبت دعوى القتل بالقسامه إلاّ فى مورد اللوث وفى غير مورده لا يثبت دعوى القتل عمداً أو خطأً بها، بل يكون على المدّعى إثبات دعواه بالبيّنه ومع عدمها وعدم إقرار المدّعى عليه فللولىّ إحلاف المدّعى عليه على نفى دعواه كما فى ساير الدعاوى، وإذا حلف المدّعى عليه سقطت الدعوى.

ومع نكوله إمّا يحكم الحاكم بثبوت الدعوى بمجرّد نكوله أو بردّ اليمين على المدّعى ليحلف على دعواه، وإذا حلف المنكر على نفى دعواه لا يجب عليه التغليظ فى حلفه على النفى حتى مع مطالبته الحاكم، كما هو الحال فى ساير الدعاوى.

والمراد باللوث على ما يظهر من كلماتهم أن يكون فى البين ما يوجب للحاكم الظن بصدق المدّعى فى دعواه غالباً كالشاهد الواحد أو كما وجد

المدّعى عليه عند المقتول ومعه سلاح عليه الدم إلى غير ذلک. فيقع الكلام فى اشتراط اعتبار القسامه باللوث وكون المراد باللوث ما ذكروه.

أمّا اشتراط اعتبارها به فهو أمر متسالم عليه كما ذكرنا. ولكن نوقش فى استفاده هذا الاشتراط من الأخبار، حيث انّ مقتضى الاطلاق فى بعض الأخبار أنّه إذا لم يكن

ارتفاع التهمه وللولى إحلاف المنكر يميناً واحده ولا يجب التغليظ ولو نكل فعلى ما مضى من القولين واللوث أماره يغلب معها الظن بصدق المدّعى كالشاهد ولو واحداً وكذا لو وجد متشحِّطاً بدمه، وعنده ذو سلاح عليه الدم، او فى دار قوم، او فى محله منفرده عن البلد لا يدخلها غير أهلها او فى صف مقابل للخصم بعد المراماه.

الشَرح:

للمدّعى عليه بيّنه على نفى كونه قاتلاً، فللمدّعى إثبات دعواه، بالحلف، كموثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ اللّه حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم، حكم فى دمائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى لئلا يبطل دم امرى ء مسلم»(1). فإنّ مقتضى إطلاقها أنّه تصل النوبه فى ثبوت دعوى القتل إلى الحلف إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على النفى كان فى المورد لوث أم لا؟

نعم، إذا كان للمدّعى بيّنه على ثبوت دعوى القتل لا تصل النوبه إلى ثبوتها بالقسامه، بل تثبت دعواه بالبيّنه، وهذا التقييد مستفاد من بعض الروايات الوارده فى المقام، كصحيحه مسعده بن زياد عن جعفر عليه السلام قال: «كان أبى رضى اللّه عنه إذا لم يقم القوم المدّعون البيّنه على قتل قتيلهم ولم يقسموا بأنّ المتّهمين قتلوه حلّف المتّهمين بالقتل خمسين يميناً باللّه ما قتلناه» الحديث (2).

وما ورد فى صحيحه بريد بن معاويه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن القسامه فقال: الحقوق كلّها البيّنه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه، إلاّ فى الدم خاصّه فإنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله بينهما هو بخيبر إذ فقدت الأنصار رجلاً منهم فوجدوه قتيلاً، فقالت الأنصار إنّ فلان اليهودى قتل صاحبنا، فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله للطالبين: أقيموا

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 4: 115.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 6: 115.

....

الشَرح:

رجلين عدلين من غيركم اقيده (أقده) برمّته فإن لم تجدوا شاهدين فأقيموا قسامه خمسين رجلاً اقيده برمّته» الحديث(1).

وفى الثانيه دلاله واضحه على أنّ مع وجود البيّنه للمدعى حتّى فى مورد اللوث تثبت دعوى القتل بالبيّنه وأنّ الوصول إلى ثبوتها إلى القسامه إنّما هو مع عدم إقامتها. أضف إلى ذلک إطلاق ما دلّ على اعتبار البيّنه.

وعلى الجمله، موثقه أبى بصير تدلّ على ثبوت دعوى القتل بالقسامه إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على النفى، وأمّا ثبوت دعوى المدّعى بالبيّنه ولا تصل معها النوبه إلى القسامه فى ثبوتها فلا تنفيه إلاّ بالاطلاق اللازم رفع اليد عنه، بما ورد فى مثل الصحيحتين من ثبوت دعوى القتل ببيّنه المدّعى، وكذا ثبوتها بالقسامه مع عدم إقامتها، كما أنّ موثقه أبى بصير دالّه على ثبوتها بها إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على النفى.

ويبقى الكلام فى اطلاق الموثّقه وغيرها بالإضافه إلى عدم اعتبار اللوث، وقد ذكرنا أنّ اعتباره متسالم عليه بين أصحابنا بل عند مخالفينا أيضاً إلاّ الكوفى على ما قيل.

وكيف كان، فيمكن استفاده ذلک من بعض الروايات، ويرفع اليد بها عن إطلاق مثل موثّقه أبى بصير، كمعتبره زراره عن أبى عبداللّه قال: «إنّما جعلت القسامه ليغلظ بها فى الرجل المعروف بالشرّ المتّهم فإن شهدوا عليه جازت شهادتهم»(2).

وفى صحيحه عن أبى عبداللّه «إنّما جعلت القسامه احتياطاً للناس لكيما إذا أراد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 3: 114.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 7: 116.

....

الشَرح:

الفاسق أن يقتل رجلاً أو يغتال رجلاً حيث لا يراه أحد خاف ذلک فامتنع من القتل(1).

وصحيحه عبداللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبداللّه يقول: «إنّما وضعت القسامه لعلّه الحوط يحتاط على الناس لکی إذا رأی الفاجر عدوّه فرّ منه مخالفه القصاص»(2). فإنّه يستفاد منها کون المدّعی عليه شخصاً فاجراً تکون بينه وبين المقتول عداوه من مصاديق اللوث، وجعل القسامه احتياطاً على دماء الناس يقتضی اعتباره وإلاّ فيمکن لفاجر أن يقتل مورثّه ثمّ يقيم الدعوی عل أحد بأنّه قتل مورثّه ويحلف معه خمسون من الفجّار على دعواه فيذهب دم المدّعی عليه المؤمن هدراً.

وظهر مما ذکر أنّ ما ذکر الماتن مثالاً للّلوث فی کلامه يختلف باختلاف الموارد، وأنّ المعيار فی اللوث أن يکون فی البين ما تحسب قرينه على صدق دعوی المدّعی وکون المدّعی عليه متّهماً بها وإلاّ فمجرّد کون المدّعی عليه فی صفّ مقابل للخصم بعد المراماه لا يکون لوثاً فی جميع موارد القتل ونحوه غيره.

وعلى الجمله، إذا ثبت فی مورد اللوث، فإن کان للمدّعی بينه على المدّعی عليه يحکم بثبوت الدعوی بها، وإذا لم يقم المدعّی البيّنه وأقام المدّعی عليه البيّنه على نفی الدعوی تسقط الدعوی، وإذا لم يقم المدعّی عليه أيضاً البيّنه تصل النوبه إلی ثبوت الدعوی بالقسامه وإن لم تقم المدّعی القسامه فلابدّ فی سقوط الدعوی من إقامه المدّعی عليه القسامه على نفی الدعوی، فإن أقام القسامه سقطت الدعوی وإلاّ ألزم بالدعوی.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما يثبت به، الحديث 1: 114.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما يثبت به، الحديث 9: 116.

ولو وجد فی قریه مطروقه أو خله من خلال العرب أو فی محلّه منفرده مطروقه وإن انفردت فان کان هناک عداوه، فهو لوث[1] وإلاّ فلا لوث، لأنّ الاحتمال متحقّق هنا، ولو وجد بین قریتین فاللوث لأقربهما إلیه ومع التساوی فی القرب فهما فی اللوث سواء.

الشَرح:

[1] لا یخفی أنّ القود یترتّب بالقسامه عند اللوث فیما إذا ادّعی أولیاء المقتول علی شخص معیّن أو أشخاص کذلک القتل عمداً، وأمّا مع عدم التعیین للمدعّی علیهم فلا یؤخذ إلاّ الدیه، وکذا مع عدم دعواهم فإنّه یحکم بضمان أهلها الدیه إلاّ إذا أقاموا بیّنه علی أنّهم ما قتلوه أو مع القسامه علی عدم قتلهم مع وجود اللوث کما هو الفرض.

ویکفی فی ثبوت الدیه علی أهلها صحیحه محمد بن قیس قال: «سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل قتل فی قریه أو قریباً من قریه أن یغرم أهل تلک القریه إن لم توجد بیّنه علی أهل تلک القریه أنّهم قتلوه»(1).

وکذلک إذا وجد قتیلاً بین أحدهما أقرب إلی مکان القتیل وإلاّ یتقسّط دیّته إلی أهل القریتین.

وفی موثّقه سماعه بن مهران عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «سألته عن الرجل یوجد قتیلاً فی القریه أو بین قریتین قال: یقاس ما بینهما فأیّهما کانت أقرب ضمنت»(2).

وأمّا ما ورد فی روایه محمد بن قیس قال: «سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لو أنّ رجلاً قتل فی قریه أو قریباً من قریه ولم یوجد بیّنه علی أهل تلک القریه أنّه قتل عندهم فلیس علیهم شیء»(3) فلضعفها بالإرسال لا یمکن الاعتماد علیها.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 5: 112.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 4: 112.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 2: 112.

....

الشَرح:

وأمّا صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال: «فى رجل كان جالساً مع قوم فمات وهو معهم أو رجل وجد فى قبيله وعلى باب دار قوم فادّعى عليهم قال: ليس عليهم شىء ولا يبطل دمه»(1).

ففى التهذيب(2) بعد نقله عن الحسين بن سعيد عن فضاله بن أيوب عن أبان عن محمد بن مسلم قال: وعنه عن النضر بن سويد عن عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام نحوه قال: «ولا يبطل دمه ولكن يعقل».

وروى بإسناده عن حماد عن ابن المغيره عن ابن سنان مثله. ثمّ قال: ولا يناف بين هذين الخبرين وبين الأخبار المتقدّمه الدالّه على ضمان أهل القريه والقبيله الديه إذا كانوا متّهمين بقتله وامتنعوا من القسامه، فأمّا إذا لم يكونا متّهمين بقتله أو أجابوا إلى القسامه فلا ديه عليهم ويؤدّى ديه القتيل من بيت المال.

أقول: يمكن أن يقال أنّه لم يفرض فى صحيحه محمد بن مسلم اللوث أو يقيّد إطلاقها بما إذا حلفوا أنّهم ما قتلوه، وفى هذا الفرض يؤدّى الديه من بيت المال كما هو كذلک فى جميع موارد اللوث إذا حلف المدّعى عليهم بأنّهم ما قتلوه ولا يعرفون له قاتلاً، كما يستفاد ذلک من فعل النبى صلى الله عليه و آله فى قتيل خيبر على ما ورد فى صحيحه بريد بن معاويه المتقدّمه. وعلّق فيها ضمان المدّعى الديه على حلفهم على عدم قتلهم وعدم علمهم بالقاتل.

وما فى صحيحه مسعده بن زياد «حلّف المتّهمين بالقتل خمسين يميناً باللّه ما

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 111.
2- (2) التهذيب: ج 10، ص 205، باب 4، روايه 14.

أمّا من وجد فی زحام علی قنطره أو بئر أو جسر أو مصنع فدیته علی بیت المال[1]، وکذا لو وجد فی جامع عظیم أو شارع، وکذا لو وجد فی فلاه ولا یثبت

الشَرح:

قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ثمّ یؤدّی الدیه إلی أولیاء القتیل»(1) فالمراد أداء الدیه من بیت المال لا أداء المتّهمین مع حلفهم بأنّهم ما قتلوه ولا علموا قاتلاً، ولذا أتی قوله علیه السلام «ثمّ یؤدّی» بصیغه المفرد المجهول لا الجمع المعلوم کما یدلّ علی ذلک روایه علی بن الفضیل أیضاً عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا وجد مقتول فی قبیله قوم حلفوا جمیعاً ما قتلوه ولا یعلمون له قاتلاً فإن أبوا أن یحلفوا أغرموا الدیه فیما بینهم فی أموالهم سواء بین جمیع القبیله من الرجال المدرکین»(2).

وما فی روایه أبی البختری عن جعفر بن محمد عن أبیه أنّه أتی علی علیه السلام بقتیل وجد بالکوفه مقطّعاً فقال: «صلّوا علیه ما قدرتم علیه منه ثمّ استحلفهم قسامه باللّه ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً وضمنهم الدیه»(3) من استظهار ضمان الدیه علی المتّهمین بعد حلفهم بأنّهم ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً لا یمکن الالتزام به لضعفها سنداً ومنافاتها مع ما تقدّم.

أضف إلی ذلک احتمال أنّه لم یکن مورد اللوث ولو لعدم انحصار المتّهمین، ولذا لم یحلفهم بل ضمن علیه السلام لأهل القتیل الدیه.

[1] وفی الصحیح عن عبداللّه بن سنان وعبداللّه بن بکیر جمیعاً عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل وجد مقتولاً لا یدری من قتله قال: إن کان عرف له أولیاء یطلبون دیّته اعطوا دیته من بیت مال المسلین ولا یبطل دم امرء مسلم لأنّ میراثه للإمام فکذلک تکون دیّته علی الإمام ویصلّون علیه ویدفنون،

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 6: 115.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 5: 115.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 8: 113.

اللوث فى شهاده الصبى ولا الفاسق ولا الكافر، ولو كان مأموناً فى نحلته[1]. نعم لو أخبر جماعه من الفسّاق أو النساء مع ارتفاع المواطاه أو مع ظنّ ارتفاعها كان لوثاً

الشَرح:

قال: وقضى فى رجل زحمه الناس يوم الجمعه فى زحام الناس فمات أنّ ديّته من بيت مال المسلمين»(1).

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ازدحم الناس يوم الجمعه فى إمره على عليه السلام بالكوفه فقتلوا رجلاً فودى ديته إلى أهله من بيت مال المسلمين»(2).

وفى موثقه السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام ليس فى الهايشات عقل ولا قصاص والهايشات الفزعه تقع بالليل والنهار فيشجّ الرجل فيها أو يقع قتيل لا يدرى من قتله وشجّه»(3).

وفى صحيحه مسعده بن زياده الوارده فى القسامه «ذلک إذا قتل فى حىّ واحد، فأمّا إذا قتل فى عسكر أو سوق مدينه فديّته تدفع إلى أوليائه من بيت المال»(4).

وفى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام قال: «من مات فى زحام الناس يوم الجمعه أو يوم عرفه أو على جسر لا يعلمون من قتله فديّته من بيت المال»(5).

[1] كأنّ الوجه فى عدم ثبوت اللوث بذلک عدم اعتبار خبرهم، ولكن خبر الكافر الثقه معتبر وإن لم يثبت به القتل كما لا يثبت القتل بخبر العدل الواحد أيضاً مع

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 6 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 109.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 6 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 2: 109.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 6 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 3: 110.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 6: 115.
5- (5) الوسائل: ج 19، الباب 6 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 5: 110.

ولو كان الجماعه كفّاراً أو صبياناً لم يثبت اللوث ما لم يبلغوا حدّ التواتر.

ويشترط فى اللوث خلوصه عن الشک[1] فلو وجد بالقرب من القتيل ذو سلاح متلطّخ بالدم مع سبع من شأنه قتل الانسان بطل اللوث، لتحقّق الشک، ولو قال الشاهد، قتله أحد هذين كان لوثاً[2]، ولو قال: قتل أحد هذين لم يكن لوثاً الشَرح:

أنّه ذكر بأنّ خبر العدل يوجب اللوث وكذا الحال فى خبر المرأه الواحده لا يكون لوثاً، ولكن إذا أخبر جماعه من النساء أو الفسّاق مع ارتفاع المواطاه أو ظنّ بارتفاعها كان لوثاً.

وأعجب من ذلک ما ذكره قدس سره : «ولو كان الجماعه صبياناً أو كفّاراً لم يثبت اللوث إلاّ إذا بلغ حدّ التواتر»، مع أنّ بلوغه حدّ التواتر يثبت القتل لا اللوث إلاّ أن يكون المراد صوره عدم تعيين القاتل من الجميع فإنّه يثبت اللوث. وقد ذكرنا فيما تقدّم ملاک اللوث. ولو شکّ فى مورد صدق اللوث وعدمه يؤخذ باطلاق ما دلّ على اعتبار القسامه على قرار ما تقدّم سابقاً.

[1] كأنّ مراده أن لا يكون فى مورد اللوث ما يمنع عن حصول التهمه أى الظنّ باستناد القتل إلى من يقتضيه اللوث كما إذا وجد فى القرب من القتيل ذو سلاح متلطّخ سلاحه بالدم ويوجد فى قربه أيضاً سبع من عادته قتل الأنسان، فإنّ الدعوى على ذى السلاح لا يكون من موارد اللوث لتثبت بالقسامه.

[2] إذا شهد عدل بأنّ القتيل قتله أحد هذين وادّعى الولىّ تعيين القاتل فى المعيّن منهما: تثبت دعواه بالقسامه، لأنّ شهاده العدل المزبور يوجب اللوث.

وأمّا إذا شهد عدل واحد بأنّ فلاناً وهو شخص معيّن قد قتل أحد هذين المتقولين وادّعى ولىّ أحد المقتولين بأنّ الشخص المزبور، قاتل قتيله لا تثبت دعوى ولىّ المقتول بالقسامه، لأنّ تعيين الشاهد القاتل وترديده فى مقتوله لا يوجب اللوث

وفى الفرق تردّد.

ولا يشترط فى اللوث وجود أثر القتل على الأشبه[1] ولا فى القسامه حضور المدّعى عليه.

الشَرح:

فى دعوى ولىّ المقتولين. وذكر الماتن قدس سره فى الفرق تردّد.

ولكن لا يبعد الفرق فإنّ الصوره الأولى لا تقصر عن وجدان القتيل بين قوم يظنّ أنّ فيهم قاتله حيث لا يعتبر فى تحقّق اللوث تعيين القاتل بعينه. بخلاف الصوره الثانيه، فإنّ الشاهد فيها لم يعيّن القاتل لا فى شخص معيّن و لا بين جمع، بالإضافه إلى القتيل الذى ادّعى وليّه على الشخص المعيّن.

وما عن المسالک من المناقشه فى الصوره الأولى فى كونها مورد اللوث والتزم بأنّ الثانيه مورد اللوث حيث عيّن الشاهد فيها القاتل فى شخص معيّن فيكون دعوى الولىّ موافقاً لتعيين الشاهد بخلاف الصوره الأولى، ضعيف، فإنّه لم يعيّن الشاهد قاتل خصوص القتيل الذى يدّعى وليّه كما هو ظاهر.

[1] يمكن أن يراد بأثر القتل الجراحه كما يظهر من بعض الكلمات، فإن كان المراد ذلک فلا يشترط وجوده فى اللوث حيث يمكن القتل بغيرها فلا يلتفت إلى ما حكى عن أبى حنيفه من قوله إن لم يكن جراحه ولا دم فلا قسامه وإن كان جراحه تثبت وإن لم يكن دم وإن كان دم فإن خرج من أذنه تثبت لا أن خرج من أنفه.

وإن كان المراد أن يكون فى البين أثر أنّه مات بالقتل لا من حتف أنفه فلا اعتبار به حيث أنّه يكفى فى ثبوت اللوث أماره على القتل ولا يلزم كونها أثراً للقتل.

ودعوى أنّ المفروض فى الرايات كون الشخص قتيلاً لا يمكن المساعده عليها مع وجود الاطلاق فى بعضها وجريان التعليل الوارد فى اعتبار القسامه فى موارد أماره

مسألتان:

الأولى: لو وجد قتيلاً فى دار فيها عبده

الأولى: لو وجد قتيلاً فى دار فيها عبده[1] كان لوثاً وللورثه القسامه لفائده التسلط بالقتل ولافتكاكه بالجنايه لو كان هناک رهن.

الثانيه: لو ادّعى الولىّ أنّ واحداً من أهل الدار قتله[2] جاز إثبات دعواه بالقسامه، فلو أنكر كونه فيها وقت القتل كان القول قوله مع يمينه ولم يثبت اللوث، لأنّ اللوث يتطرق إلى من كان موجوداً فى تلک الدار ولا يثبت ذلک إلاّ بإقراره أو البيّنه.

الشَرح:

القتل وإن لم يكن فى البين أثر القتل، كما إذا وجد ميتا على ساحل الشط ولم يعلم أنّه غرق فيه ثمّ القى فى الساحل أو أنّه أغرق فى شط ثمّ أخرج إلى الساحل.

وكذا لا يعتبر فى ثبوت القتل بالقسامه فى مورد اللوث حضور المدّعى عليه ولكن إذا حضر المدّعى عليه كان له حجّته كما ذكرنا فى القضاء على الغائب.

الثانيه: لو ادّعى الولىّ أنّ واحداً من أهل الدار قتله

[1] يعنى إذا قتل شخص فى دار وكان فى تلک الدار عبده وادّعى ورثته أنّ قاتله عبده فيمكن للورثه إثبات القتل على العبد بالقسامه إذا كان فى البين لوث وفائده القسامه إذا كانت الدعوى القتل عمداً قتلِ العبد قصاصاً أو لافتكاكه عن الرهانه حتى فيما لو كانت الدعوى القتل خطأً بناءً على شمول ما دلّ على الافتكاک صوره قتل العبد مولاه، وفيه تأمّل، فإنّ الافتكاک مدلول التزامى لا سترقاقه الذى لا يحصل فى الفرض بل يحصل ما إذا قتل العبد غير مولاه، واللّه العالم.

[2] [فإن قتل شخص فى داره اماره على كون قاتله من أهل تلک الدار وعلى ذلک فإن ادّعى المدّعى عليه أنّه لم يكن وقت القتل فى الدار لم

يثبت كون الدعوى عليه مورد اللوث وأمّا إذا ثبت بإقراره أو قيام البيّنه على كونه فيها فى ذلک الوقت ثبت اللوث.

ص :204

الثانى: فى كمّيّتها وهى فى العمد خمسون يميناً[1] فإن كان له قوم حلف كلّ واحد يميناً إن كانوا عدوا القسامه، وإن نقصوا عنه كرّرت عليهم الايمان حتى يكملوا القسامه، وفى الخطأ المحض والشبيه بالعمد خمس وعشرون يميناً، ومن الأصحاب من سوّى بينهما وهو أوثق فى الحكم والتفصيل أظهر فى المذهب.

الشَرح:

[1] لا خلاف فى أنّ القسامه مع دعوى القتل عمداً خمسون يميناً، والمشهور أنّها فى قتل الخطأ خمسه وعشرون يميناً، وعن بعض الأصحاب كالمفيد والديلمى وابن ادريس عدم الفرق بين دعوى العمد وبين دعوى الخطأ وشبيه العمد، واختاره جماعه.

ويدلّ على التفصيل صحيحه عبداللّه بن سنان، قال: «قال أبو عبداللّه عليه السلام فى القسامه خمسون رجلاً وجعل فى النفس على الخطأ خمسه وعشرين رجلاً»(1).

وفى صحيحه ابن فضال ومحمد بن عيسى عن يونس جمعياً عن الرضا عليه السلام «والقسامه جعل فى النفس على العمد خمسين رجلاً وجعل فى النفس على الخطأ خمسه وعشرين رجلاً»(2).

وظاهرهما التفصيل بين دعوى القتل عمداً وخطأ وليس فى البين ما ينافى هذا التفصيل حتى الاطلاق فإنّ ما ورد فى قضيه دعوى الأنصارى على اليهودى كان دعوى العمد، فطلب رسول اللّه صلى الله عليه و آله خمسين يميناً فلا يدلّ على كون القسامه خمسين يميناً حتّى فى دعوى الخطأ.

وإطلاق الصحيحتين يدفع أيضاً ما حكى عن ابن حمزه من أنّه يكفى فى القسامه دعوى العمد خمسه وعشرون إذا كان فى البين شهاده عدل واحد على الدعوى، وكانّ

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 119.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 2: 120.

ولو كان المدعون جماعه قسمت عليهم الخمسون بالسويه فى العمد والخمس والعشرون فى الخطأ[1].

الشَرح:

حكمه بذلک مبنىّ على أنّ القسامه أى الخمسون بمنزله شاهدين عدلين، وإذا كان فى البين شهاده عدل واحد يكفى نصف القسامه، وهو كماترى لا يخرج عن التخمين.

وعلى الجمله، فى القتل خطأً بخمسه وعشرين وما ذكر الماتن من أنّ التساوى أوثق فى الحكم يتمّ فيما إذا كان الزايد مع البذل، وأمّا مع الامتناع لا يكون فى البين احتياط.

[1] ثمّ انّه إذا كان للمدعّى قوم عالمون بصحه دعواه حلف كلّ واحد منهم يميناً إن كانوا بعدد القسامه، ويحسب المدعّى منهم فى انضمام حلفه إلى حلفهم، والمراد بقومه أقربائه سواء كانوا كلّهم أو بعضهم من الوارثين للقصاص أو الديه أم لا.

نعم إذا كان فى غير الوارث عدلان يشهدان يكون شهادتهما بيّنه ولا تصل النوبه إلى القسامه، كما أنّه إذا كان خبر قومه مفيداً للعلم فلا حاجه إلى القسامه وكذا الحال فى القسامه على القتل خطأً.

وذكر الأصحاب أنّ المدّعى وقومه الباذلين لليمين إذا كانوا أقلّ من عدد القسامه كرّرت عليهم اليمين حتّى يكملوا القسامه أى خمسون يميناً فى العمد وخمسه وعشرين فى دعوى الخطأ حتى قالوا إنّه لو لم يكن للمدّعى قوم باذلون يحلف هو خمسين فى العمد وخمسه وعشرين فى الخطأ.

وقد ناقش فى ذلک بعض الأصحاب بأنّ التكرير على المدّعى وقومه إذا لم يبلغوا عدد القسامه فضلاً عن التكرير على المدّعى إذا لم يكن له قوم باذلون لا يستفاد من شىء من الروايات بل مقتضى صحيحه بريد بن معاويه عن أبى عبداللّه عليه السلام عدم الثبوت بالتكرير، حيث ورد فيها: «فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله للطالبين . . . فإن لم تجدوا

....

الشَرح:

شاهدين فأقيموا قسامه خمسين رجلاً أقيده برمته»(1).

وكذا ورد في صحيحه زراره عن أبي عبداللّه «فقال لهم رسول اللّه صلى الله عليه و آله فليقسم خمسون رجلاً منكم على رجل ندفعه إليكم»(2).

والحاصل انّ ظاهرهما عدم تحقّق القسامه إلاّ بحلف خمسين رجلاً، ولكن مع ذلک لا يبعد الالتزام بالتكرير إذا كان المدعون للقتل أقلّ من عدد القسامه، لكون الحكم بالتكرير متسالم عليه، وأنّه لو لم يجز التكرير لكان اعتبار القسامه مع ما ورد فيه من أنّ اعتبارها للتحفظ على الدم واغتيال العدو على مقالته أمر نادر.

ودعوى أنّ الظاهر عدم المناقشه فى التكرير فإنّه مقتضى موثقه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ اللّه حكم فى دمائكم بغير ما حكم فى أموالكم، حكم فى أمولكم أنّ البيّنه على المدّعى واليمين على المدّعى عليه، وحكم فى دمائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى لئلا يبطل دم امرء مسلم»(3).

وظاهرها أنّه إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على نفى دعوى القتل عليه يكون على المدّعى اليمين، وما ورد فى صحيحه بريد بن معاويه المتقدّمه موردها قضيه الأنصار، وكذا فى صحيحه زراره، وفى ذلک المورد كان الحلف من خمسين رجلاً أمراً ممكناً، حيث ذكروا الرسول صلى الله عليه و آله «إنّا لنكره أن نقسم على ما لم نره» فلا تمنعان عن الأخذ بظاهر مثل موثقه أبى بصير.

والحكم بجواز الحلف من المدّعى فى مورد اللوث إذا لم يكن فى البين باذلون

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 3: 114.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 3: 117.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 4: 115.

....

الشَرح:

لليمين لا يمكن المساعده عليه، فإنّ الوارد فى الموثقه وفى صدر صحيحه بريد كون الحلف بعنوان القسامه على المدّعى إذا لم يكن للمدّعى عليه بيّنه على نفى الدعوى، والحلف بعنوان القسامه هو حلف خمسين رجلاً كما فى صحيحه عبداللّه بن سنان، قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «فى القسامه خمسون رجلاً فى العمد وفى الخطأ خمسه وعشرون رجلاً وعليهم أن يحلفوا باللّه»(1).

نعم، ربّما يستدلّ على التكرير بما ورد فى صحيحه ابن فضال ومحمد بن عيسى عن يونس جميعاً عن الرضا عليه السلام بعد بيان الديه وبيان القسامه فى الجروح قال: «فإن لم يكن للمصاب من يحلف معهم ضوعفت عليه الإيمان»(2).

ولكن ذكرنا أنّ موردها القسامه فى الأعضاء وديّتها فى التعدّى منها إلى ديه النفس فى القتل خطأً فضلاً عن القصاص تأمّل.

ثمّ أنّه يبقى الكلام فى أمرين:

أحدهما: اعتبار كون خمسين رجلاً من أقرباء المدّعى دون الأجانب.

والثانى: فى لزوم التسويه فى التكرير أو لزوم التكرير عليهم بحسب سهام الإرث إذا كانوا وارثين.

أمّا الأمر الأوّل: فهو ظاهر كلمات الأصحاب فى المقام وما ورد فى الروايات من كون القسامه خمسين رجلاً كما فى صحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمه وغيرها، إلاّ أنّ الوارد فى صحيحه سليمان بن خالد أنّه سأل الإمام عليه السلام «فقلت فعلى من القسامه؟ قال

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 119.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 2: 120.

....

الشَرح:

على أهل القتيل»(1) وفى صحيحه زراره الوارده فى قضيه الأنصار «فليقسم خمسون رجلاً منكم»(2).

ولكن مع ذلک فاستفاده اعتبار الأقرباء للمدّعى فى القسامه لا يخلو عن الإشكال، حيث يحتمل أن يكون المراد بكون القسامه على أهل القتيل، الاتيان بالقسامه عليهم لدعواهم، والتقييد فى خمسين رجلاً بكلمه «منكم» فى صحيحه زراره لكون الأنصار كانوا مدّعين فكان عليهم الإتيان بالقسامه بحلفهم، أى حلف خمسين رجلاً منهم.

وعلى الجمله، الأمر يدور بين اعتبار كون الحالفين بخمسين مدّعين أو حلف خمسين رجلاً ولو لم يكن بعضهم من أقرباء المدّعى، فاعتبار كونهم من أقرباء المدّعى لا يخلو عن التأمّل.

وأمّا الأمر الثانى، أي إذا لم يكن للمدّعى خمسين رجلاً يحلفون على دعواه بأن كان عددهم أقلّ، فهل تكرار اليمين عليهم بالسويه كما هو ظاهر عباره الماتن بلا فرق بين كونهم مدّعين وارثين بالسويه أو مع التفاوت فى السهام أو لم يكونوا وارثين، أو يكون الحلف موزّعاً على الوارثين على حسب اختلاف سهامهم؟

قد تقدّم انّ تكرير الإيمان عليهم غير مستفاد من الروايات، بل ظاهرها لزوم خمسين رجلاً فى القسامه، وقد رفعنا اليد عن ذلک بالتسالم على التكرير فيما إذا كان عدد القسامه أقلّ وبالقرينه التى أشرنا إليها ومقتضى ذلک الاقتصار بالقدر المتيقن، وهو ملاحظه التكرير بنحو يجزى مع اعتبار التفاضل وعدمه، كما إذا كان المدّعى ابناً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 7: 119.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 3: 117.

ولو كان المدّعى عليهم أكثر من واحد ففيه تردّد أظهره أنّ على كلّ واحد خمسين يميناً[1] كما لو انفرد، لأنّ كلّ واحد منهم يتوجّه عليه دعوى بانفراده، وأمّا لو كان المدّعى عليه واحداً فأحضر من قومه خمسين يشهدون ببرائته حلف كلّ واحد منهم يميناً، ولو كانوا أقلّ من الخمسين كرّرت عليهم الأيمان حتّى يكملوا العدد.

ولو لم يكن للولى قسامه ولا حلف هو، كان له إحلاف المنكر خمسين يميناً إن لم يكن له قسامه من قومه، وإن كان له قوم كان كأحدهم، ولو امتنع عن القسامه، ولم يكن له من يقسم الزم الدعوى وقيل له ردّ اليمين على المدّعى.

الشَرح:

وبنتاً، فيحلف الابن أربعاً وثلاثين رعايه لكون سهمه من المال ضعف سهم البنت، وتحلف البنت خمساً وعشرين رعايه لاحتمال التساوى فى التكرير.

أقول: لا يبعد عدم ملاحظه التفاضل بناءً على عدم اعتبار كون الحالفين فى القسامه مدّعياً ولا وارثاً، فإنّه بناءً على ذلک لا دخل للوارث ولا للدعوى فى اعتبار القسامه.

[1] المشهور بين الأصحاب بل نفي عنه الخلاف انّ المدّعى عليه إذا كان واحداً حضر من قومه خمسين رجلاً يحلف كلّ على برائته، وإن لم يكن له قوم ولو باذلين، حلف هو خمسين مرّه ببرائته ويسقط عنه الدعوى بخلاف ما إذا كان المدّعى عليهم أكثر، ففيه خلاف عندهم فهل على مجموع المدّعى عليهم الحلف خمسين مرّه ببرائتهم أو أن اللازم حلف كلّ منهم خمسين ببرائته اختار الماتن قدس سره لزوم اليمين على كلّ منهم بخمسين مرّه كما لو انفرد كلّ منهم فى الدعوى عليه ولم يكن له قوم يحلفون فإنّ الدعوى فى القرض أيضاً متوجّه إلى كلّ منهم.

وعلى ذلک يقع الكلام فى جهتين:

الأولى: إن كان للمدعّى عليه قوم باذلين، حلفوا على برائته عن دعوى القتل

....

الشَرح:

علیه، وإن کان عددهم أقلّ أو لم یکن له قوم باذلین أصلاً کرّرت علیه عدد القسامه، ولا یکتفی بحلفه خمسین مرّه بنفسه إذا کان له قوم باذلین کما هو الحال فی قسامه المدّعی.

وقد یقال: إنّ هذا لا یستفاد من شیء من الروایات، فإنّ ما ورد فی روایه أبی بصیر من قوله «فإذا ادّعی الرجل علی القوم أنّهم قتلوا کانت الیمین لمدّعی الدم قبل المدّعی علیه فعلی المدّعی أن یجیء بخمسین یحلفون أنّ فلاناً قتل فلاناً فیدفع إلیهم الذی حلف علیه، فإن شاؤوا عفوا وإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا قبلوا الدیه وإن لم یقسموا فإن علی الذین ادّعی علیهم أن یحلف منهم خمسون ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً، فإن فعلوا» الحدیث (1).

فإنّ ظاهره کون الحلف علی النفی، علی الذین ادّعی علیهم لا أنّ المدّعی علیه یحضر من قومه من یحلف معه بخمسین. أضف إلی ذلک انّ فی سندها علی بن أبی حمزه.

ولکن هذه المناقشه مورد تأمّل، فإنّ القتل لا یصدر عن خمسین شخص أو أزید حتّی یکون کلّهم المدّعی علیه فی دعوی القتل، فظاهرها دعوی علی طائفه أو عشیره أنّ فلاناً منکم قد قتل قتیلنا، وفی هذا الفرض یکون حلفهم علی النفی، من القوم المدّعی علیهم، ولا یحتمل الفرق بین ذلک وبین أن یدّعی علی واحد من غیره وقوم إنّک قتلت قتیلنا واحضر قومه للحلف علی النفی. نعم سندها ضعیف کما ذکر بل ظاهر صحیحه مسعده بن زیاد أنّ الحلف بخمسین یمیناً علی المتّهم نفسه حیث ورد فیها «إذا لم یقم القوم المدّعون البیّنه علی قتل قتیلهم ولم یقسموا بأنّ المتّهمین قتلوه حلّف المتّهمین

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 5: 118.

....

الشَرح:

بالقتل خمسين يميناً باللّه ما قتلناه ولا عملنا له قاتلاً ثمّ يؤدّى الديه إلى أولياء القتيل» الحديث (1). وظاهرها أنّ المباشر للحلف بخمسين يميناً هو المتّهم.

قد يستظهر من صحيحه بريد بن معاويه حيث ورد فيها «وإلاّ حلف المدّعى عليه قسامه خمسين رجلاً ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً وإلاّ اغرموا الديه إذا وجدوا قتيلاً بين أظهرهم إذا لم يقسم المدّعون»(2)، فإنّه لو كان المباشر بخمسين حلفاً نفس المدّعى عليه لكان حلفه بقسامه خمسين رجلاً ما قتلت ولا علمت قاتلاً، ولكن لا يخفى أنّ المراد من المدّعى عليه المتعدّدون، فمع نكولهم عن قوله عليه السلام «وإلاّ اغرموا الديه» وهذه قرينه على أنّ المراد من المدّعى عليه الجماعه المدّعى عليهم.

وعلى الجمله، إذا كانت الدعوى القتل عمداً على شخص فى مورد اللوث كما هو ظاهر الفرض في مورد قضيه الخبر الوارده فى الصحيحه لكان نكول المدّعى عليه موجباً لثبوت الدعوى فيترتّب عليه القصاص أو الديه، بخلاف ما إذا لم يكن المدّعى عليهم شخصاً معيّناً كما فى القتيل فى قوم وطائفه فإنّه فى الفرض إذا نكل المدّعى عليهم والمتهمين عن الحلف تكون عليهم الديه فقط بخلاف ما إذا حلفوا بقولهم ما قتلناه ولا علمنا قاتلاً فإنّه تسقط الديه عنهم.

وما ورد فى صحيحه مسعده بن زياد فى فرض حلفهم من قوله عليه السلام «ثمّ يؤدى الديه إلى أولياء المقتول»(3)، الأداء من بيت المال، ولذا لم يقل (ثمّ يؤدّون الديه) على ما تقدّم.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 6: 115.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 3: 114.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 6: 115.

وتثبت القسامه فى الأعضاء[1] مع التهمه وكم قدرها؟ قيل: خمسون يميناً الشَرح:

وعلى الجمله، المستفاد من الروايات أنّه إذا لم يقم فى موارد اللوث المدّعى القسامه على دعواه بعد أن لم تكن له بيّنه عليها ولا المدّعى عليه على نفيها، يحلف المدّعى عليه قسامه خمسين رجلاً أى خمسين يمينا على نفى الدعوى، وإن نكل لزمه الدعوى من غير حاجه إلى ردّ اليمين إلى المدّعى ولو مرّه، لأنّ الردّ لم يثبت فى مورد توجّه اليمين إلى المدّعى أوّلاً، بل ظاهر ما ورد فى مثل صحيحه بريد بن معاويه المتقدّمه «وإلاّ اغرموا بالديه» كون الموضوع فى ثبوت دعوى المدّعى نكول المدعى عليه.

وأمّا الجهه الثانيه فإن كانت الدعوى بحيث يتوجه إلى كلّ من المتعدّدين فعلى كلّ منهم قسامه خمسين رجلاً فإنّه يستفاد من الروايات انّ المسقط لدعوى القتل فى مورد اللوث عن المدّعى عليه قسامه خمسين رجلاً، وأمّا إذا لم يتوجّه الدعوى إلى كلّ منهم بأن ادّعى المدعون أنّ قتيلهم قتل بيد أهل البيت أو القريه ونحوها فلا يبعد كفايه خمسين يميناً من مجموعهم، بناءً على أنّ هذا النحو من الدعوى مسموعه فى موارد اللوث كما هو غير بعيد بملاحظه بعض روايات الباب حتّى يكون عليهم الحلف كذلک بمجرّد وجدان القتيل فيهم.

[1] لا خلاف بين أصحابنا فى ثبوت الدعوى على الجنايه فى الأعضاء والجروح بالقسامه والمشهور بينهم اعتبار اللوث فى ثبوتها بها كما فى اعتباره فى ثبوت دعوى القتل والمحكى عن الشيخ فى مبسوط عدم اعتبار اللوث فى ثبوته الجنايه بها على الأعضاء والجروح كما هو المحكى عن أكثر العامه.

ولعلّ المنشأ فى عدم الاعتبار الأخذ باطلاق ما ورد فى صحيحه أبى بصير من

احتياطاً إن كانت الجنايه تبلغ الديه وإلاّ فبنسبتها من خمسين يميناً، وقال آخرون: ست أيمان فيما فيه ديه النفس وبحسابه من ستّ فيما فيه دون الديه وهى روايه أصلها ظريف.

الشَرح:

قوله عليه السلام «حكم فى دمائكم أنّ البيّنه على المدّعى عليه واليمين على من ادّعى»(1)، ورفع اليد عن إطلاقه باعتبار اللوث فى كون اليمين على من ادّعى بما تقدّم فى دعوى القتل وأمّا فى غير دعواه يؤخذ بالاطلاق.

ولكن لا يخفى أنّ شمول الاطلاق لغير دعوى القتل غير ظاهر وإنّما التزمنا باعتبار القسامه فى دعوى الجنايه فى الأعضاء والجروح بصحيحه عبداللّه بن سنان(2) ومعتبره زراره(3) الواردين فى التعليل على اعتبار القسامه. وظاهرهما اعتبار اللوث فى دعوى القتل أو الجنايه على الأطراف.

ثمّ يقع الكلام فى مقدار القسامه فى دعوى الجنايه على الأطراف، فعن المفيد وسلاّر وابن ادريس أنّه خمسون يميناً كالنفس إذا كانت الجنايه تبلغ ديتها ديه النفس كالأنف والذكر وإلاّ فبمقدار نسبه ديتها إلى ديه النفس، وقد أطلق البعض ولم يفرّق بين دعوى الجنايه على الأطراف عمداً أو خطأً وبعضهم فرّق بين العمد والخطأ وقال فى دعوى الخطأ بمقدار نسبه ديتها من ديه النفس خطأ.

ولكن المعروف عن الشيخ وأتباعه وبين المتأخرين أنّ القسامه فى دعوى الجنايه على الأطراف ستّ أيمان فى الجنايه التى ديتها ديه النفس وفى مادونها بحساب ديته من ديه النفس، والمستند لذلک روايه ظريف وما رواه يونس بن عبد

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 4: 115.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 9: 116.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 7: 116.

....

الشَرح:

الرحمن فى الصحيح عن الرضا عليه السلام حيث ورد فيها: «وعلى وما بلغت ديته من الجروح ألف دينار سته نفر وما كان دون ذلک فحسابه من سته نفر والقسامه فى النفس والسمع والبصر والعقل والصوت من الغنن والبحح ونقص اليدين والرجلين فهو ستّه أجزاء الرجل. تفسير ذلک: إذا أصيب الرجل من هذه الأجزاء الستّه وقيس ذلک فإن كان سدس بصره أو سمعه أو كلامه أو غير ذلک حلف هو وحده» الحديث(1).

وذكر فى الجواهر(2) أنّ تفسير ذلک ليس من تتمّه الحديث بل هو إضافه من كلام الكلينى قدس سره .

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ الشيخ قدس سره رواها من كتاب على بن إبراهيم بتلک الاضافه، وعلى كلّ، ففى ما ورد فيه قيل التفسير المزبور كفايه فى الدلاله على ما ذكر كما ذلک فى الجواهر أيضاً.

ثمّ انّه قد ذكر بعض الأصحاب (قدس سرهم) انّ القسامه على الجنايه فى الأعضاء والجروح وان تثبت وقوعها إلاّ أنّه لا يترتّب على ثبوتها القصاص فإنّه ليس فى البين على ترتّب القصاص بثبوت الجنايه بها.

وصحيحه يونس لا يستفاد منها أزيد من ثبوت الديه بها.

ولكن لا يخفى انّ اختصاص القسامه بثبوت القتل عمداً فى ترتّب القود غير ظاهر بل مقتضى صحيحه عبداللّه بن سنان (3) الوارده فى تشريع القسامه ثبوت القود فى الأعضاء والجروح أيضاً. قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: إنّما وضعت القسامه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 2: 120.
2- (2) جواهر الكلام: 42/255.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 9: 116.

ویشترط فی القسامه علم المقسم[1].

ولا یکفی الظنّ وفی قبول قسامه الکافر علی المسلم تردّد أظهره المنع[2].

الشَرح:

لعلّه الحوط یحتاط علی الناس لکی إذا رأی الفاجر عدوه فرّ منه مخالفه القصاص(1).

غایه الأمر یمکن أن یقال: بأنّ القسامه فی الجروح والأعضاء فی غیر مورد ثبوت الدیه هی حلف خمسین رجلاً أو خمسون حلفاً کالقسامه فی القتل أخذاً بما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان الأخری قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام «فی القسامه خمسون رجلاً فی العمد، وفی الخطأ خمسه وعشرون رجلاً، وعلیهم أن یحلفوا باللّه»(2) واللّه العالم.

[1] تمتاز الشهاده عن الیمین بأنّه یعتبر فی الشهاده بواقعه حضورها والحسّ بها فلا یکفی مطلق الیقین والعلم بها ولو بالحدس بخلاف الحلف فإنّه یعتبر فیه العلم بما یحلف علیه والتعبیر عن القسامه بالشهاده فی بعض الروایات کمعتبره زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إنّما جعلت القسامه لیغلظ بها فی الرجل المعروف بالشرّ المتّهم فإن شهدوا علیه جازت شهادتهم»(3) بنوع من العنایه وفی صحیحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «لا یحلف الرجل إلاّ علی علمه»(4)، ونحوها غیرها، وبهذا یظهر أنّه لا یجوز الحلف علی الظن.

[2] کما علیه جماعه من الأصحاب قدیماً وحدیثاً وذلک فإنّ مقتضی ما ورد فی الدعوی أنّ البیّنه علی المدّعی والیمین علی المدّعی علیه وإنّما خرجنا عن الاطلاق فی دعوی المسلم فی القتل والجرح بما ورد فی أنّ الحکم فی الدماء أنّ الیمین علی

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 9: 116.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 119.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 7: 116.
4- (4) الوسائل: ج 16، الباب 22 من أبواب الأيمان، الحديث 3: 180.

....

الشَرح:

المدّعى فی دعوی الدم لئلا یبطل دم امرء مسلم، کما ورد ذلک فی موثقه أبی بصیر عن أبی عبداللّه علیه السلام (1).

وورد فی صحیحه برید بن معاویه إنّما حقن دماء المسلمین بالقسامه(2).

وفی صحیحه عبداللّه بن سنان «إنّما وضعت القسامه لعلّه الحوط یحتاط علی الناس لکی إذا رأی الفاجر عدوّه فرّ منه مخالفه القصاص»(3).

فإنّ ظاهرها حصر وضع القسامه لإثبات السبیل إلی القصاص، فکلّ مورد لا قصاص فیه کما فی قتل المسلم الکافر حیث لا یثبت لولیّه الکافر القصاص من المسلم فلا مورد للقسامه. نعم یرفع الید عن الاطلاق ما لو ثبت فی مورد اعتبار القسامه مع عدم ثبوت القصاص فی ذلک المورد، کما فی دعوی القتل الخطأی علی المسلم فیؤخذ بمقتضی الدلیل الخاص ویؤخذ فی غیره بالاطلاق.

أقول: الروایات الوارده فیها وجه تشریع القسامه ناظره إلی قسامه المدّعی، والوجه الوارد فیها من قبیل الحکمه، ولو کان الوجه من قبیل العلّه بحیث یدور ثبوت القسامه مدار وجود ذلک الوجه لما اعتبر القسامه فیما کان دعوی ولیّ القتیل الکافر علی کافر آخر، مع أنّ ظاهر الماتن وغیره اختصاص عدم القبول بقسامه الکافر علی مسلم، وما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان «إنّما وضعت القسامه لعلّه الحوط یحتاط علی الناس لکی إذا رأی الفاجر عدوّه فرّ منه مخالفه القصاص»(4)، لا یوجب دخول ما

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 4: 115.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 3: 114.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوی القتل وما یثبت به، الحدیث 9: 116.

4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 9: 116.

....

الشَرح:

ذكرنا من الفرض فى اعتبار القسامه فيه، لأنّ مثل صحيحه بريد الوارد فيها «إنّما حقن دماء المسلمين بالقسامه لكى إذا رأى الفاجر الفاسق فرصه من عدوّه حجره مخالفه القسامه أن يقتل به فكفّ عن قتله»(1) أخصّ، بالإضافه إلى صحيحه عبداللّه بن سنان حيث إنّ مفاد الاولى أنّ ثبوت القصاص فى قتل المسلم بالقسامه هو الموجب لتشريعها.

والأظهر انّ الوارد فى هذه الرويات من قبيل الحكمه فلا يدور مورد مشروعيّه القسامه بما إذا لم يكن المقتول كافراً والمدّعى عليه مسلماً، ولا بمورد ثبوت القصاص خاصّه دون الديه كما فى المثال المتقدّم.

نعم، دلالتها على اعتبار اللوث فى مورد اعتبار القسامه وأنّها لا تعتبر مع عدم اللوث تامه. وقد ورد فى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام ثمّ قال: «سألته عن القسامه كيف كانت فقال: هى حقّ وهى مكتوبه عندنا ولو لا ذلک لقتل الناس بعضهم بعضاً ثمّ لم يكن شىء وإنّما القسامه نجاه للناس»(2).

وفى صحيحه زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «إنّما جعلت القسامه احتياطاً للناس لكيما إذا أراد الفاسق أن يقتل رجلاً أو يغتال رجلاً حيث لا يراه أحد خاف ذلک فامتنع من القتل»(3)، حيث إنّ ثبوت الديه فى ثبوت القتل عمداً بالقسامه أيضاً يمنع الفاجر عن القتل كما إذا أراد قتل طفل مسلم أو مجنون من المسلمين إلى غير ذلک.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 3: 115.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 2: 114.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 1: 114.

ولمولى العبد مع اللوث إثبات دعواه بالقسامه[1] ولو كان المدّعى عليه حرّاً تمسّكاً بعموم الأحاديث.

ويقسم المكاتب فى عبده كالحرّ[2].

ولو ارتدّ الولى منع القسامه[3] ولو حالف وقعت موقعها، لأنّه لا يمنع الشَرح:

وأمّا ما ورد فى صحيحه زراره من قول اللّه صلى الله عليه و آله للأنصار بعد إبائهم عن الحلف «فيقسم اليهود»(1) فهى قسامه المدّعى عليهم إذا لم يقيمها المدّعون فلا يرتبط بمحلّ الكلام، واللّه العالم.

[1] قد ظهر الوجه فى ذلک وأنّ القسامه تثبت مع اللوث، وحيث إنّ المولى ولي الدم لعبده يكون له إقامه القسامه حتّى فيما إذا كان المدّعى عليه حرّاً، لما تقدّم من عدم اختصاص القسامه بصوره كون المورد، مورد القصاص.

الثالث فى أحكامها:

لو ادّعى على اثنين وله على أحدهما لوث، حلف خمسين يميناً، ويثبت دعواه على ذى اللوث وكان على الأخر يمين واحده كالدعوى فى غير الدم، ثمّ إن أراد قتل ذى اللوث ردّ عليه نصف ديّته.

[2] والوجه فى ذلک انّ المكاتب سواء كان مكاتباً مطلقاً أو مشروطاً كالحرّ بالإضافه إلى كسب المال وتملّكه فيكون بالإضافه إلى عبده، كالحرّ بالإضافه إلى عبده، ويثبت له فى مورد اللوث فى قتل عبده القسامه ولو كان المدّعى عليه حراً.

[3] ظاهر عبارته أنّ الحاكم يمنع الولى المرتد عن إقامه القسامه على دعواه فى مورد اللوث، ولكن إذا أقامها تثبت بها دعواه وبين الحكمين تهافت فإنّ القسامه لو كانت معتبره من الولىّ المرتد فلا وجه لمنعه عن إثبات دعواه بها فإنّ المرتدّ الملّى

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل ومايثبت به، الحديث 3: 117.

الاكتساب ويشكل هذا بما أنّ الارتداد يمنع الارث فيخرج عن الولايه فلا قسامه.

ويشترط فى اليمين ذكر القاتل والمقتول والرفع فى نسبهما بما يزيل الاحتمال وذكر الانفراد أو الشركه[1] ونوع القتل. أمّا الاعراب فإن كان من أهله كلّف وإلاّ قنع بما يعرف معه القصد، وهل يذكر فى اليمين أنّ النيّه نيه المدّعى قيل: نعم دفعاً لتوهّم الحالف، والأشبه أنّه لا يجب.

الشَرح:

لا يمنع عن اكتساب المال فى زمان الإمهال لتوبته ولا تنتقل أمواله إلى ورثته. نعم إذا كان المقتول مسلماً وكان زمان القتل مرتدّاً فلا حقّ له فى إقامه القسامه، ومنه يظهر الحال فى المرتدّ كافر والكافر لا يرث المسلم فلا دعوى له على الجانى القاتل، ومنه يظهر الحال فى المرتد الفطرى حيث إنّه لو كان ارتداده بعد زمان القتل أيضاً فلا دعوى له على الجانى القاتل لانتقال أمواله وحقوقه بالارتداد.

[1] الثابت أن يكون الحلف من الحالف مطابقاً لدعوى المدّعى بأن يحلف على وقوع ما يدّعيه المدّعى وإن لم يكن الحلف مطابقاً لها فلا أثر للحلف المزبور بأن يدّعى المدّعى وقوع القتل عمداً ويحلف الحالف على القتل خطأً، فإنّ الحلف المزبور لا أثر له بل إن لم يذكر فى حلفه القتل عمداً أو ما يفيد معناه فلا أثر له أيضاً. وأمّا غير ذلک من الأمور فغير معتبر مع صدق أنّه حلف على دعوى المدّعى وإن رفع لفظ الجلاله بواو القسم أو نصبه كما هو ديدن غير المتمكّنين من رعايه الإعراب فى كلامهم.

[المقصد] الثالث فى أحكامها

لو ادّعى على اثنين وله على أحدهما لوث[1] حلف خمسين يميناًويثبت دعواه على ذى اللوث وكان على الآخر يمين واحده كالدعوى فى غير الدم ثمّ إن أراد قتل ذى اللوث ردّ عليه نصف ديته.

ولو كان أحد الوليين غائباً وهناک لوث حلف الحاضر[2] خمسين يميناً ويثبت حقّه ولم يجب الارتقاب ولو حضر الغائب حلف بقدر نصيبه وهو خمس وعشرون يميناً وكذا لو كان أحدهما صغيراً.

الشَرح:

[1] وذلک فإنّ ثبوت اللوث بالاضافه إلى دعواه إلى أحدهما دون الآخر يوجب الاختلاف فى مثبت دعواه بالإضافه إلى كلّ منهما.

وعلى الجمله، غير مورد اللوث باق تحت قولهم عليهم السلام «البيّنه على المدّعى واليمين على من ادّعى عليه» ثمّ انّ الولىّ إذا أراد قتل ذى اللوث دفع إليه نصف الديه لاعترافه بأنّه أحد القاتلين وكذا إذا أراد قتل الآخر إذا ثبت عليه القتل عمداً باليمين المردوده.

[2] ولو كان للقتيل وليّان أحدهما حاضر والآخر غائب، وادّعى الحاضر على شخص أنّه القاتل فى مورد اللوث كما هو الفرض، وكان دعواه القتل عمداً، فإن جاء بالقسامه مع عدم البيّنه للمدّعى عليه ثبت له حقّ القود. ولو حضر الغائب وكان حضوره بعد القصاص من المدّعى عليه ورضائه بالقصاص فلا شىء له، وإن لم يرض بالقصاص وطالب بالديه فعلى الولى الحاضر دفع نصف الديه إليه لاعترافه باستحقاقه عليه نصف الديه.

وأمّا إذا كان حضوره قبل أخذ الحاضر بالقصاص بأن أخذ من المدّعى عليه نصف الديه فإن أراد الغائب القصاص منه أو أخذ الديه أيضاً فهل يحتاج إلى إقامه

....

الشَرح:

القسامه، وعلى تقدير إقامتها فهل قسامته خمسون أو خمسه وعشرون؟

الظاهر عدم الحاجه إلى القسامه إذا كانت قسامه الحاضر خمسين رجلاً وحلف كلّ منهما على دعواه فإنّ القسامه بمنزله إقامه أحد الوليين البيّنه على المدّعى عليه فى كفايته بالإضافه إلى الولى الآخر أيضاً. وأمّا إذا كانت قسامه الحاضر خمسين حلفاً، فعلى الغائب بعد حضوره الحلف بخمسه وعشرين حلفاً، لأنّ القسامه بخمسين حلفاً لم يثبت كونها قسامه معتبره إلاّ بالإجماع والتسالم، والمتيقّن من التسالم كفايتها فى حقّ المباشر بالحلف فقط، فيكون على الغائب الحلف بخمس وعشرين حلفاً كما هو مقتضى تقسيط الحلف على المدّعين مع عدم الحالف لهم.

ومما ذكر يظهر الحال فيما كان دعوى الحاضر على الجانى القتل خطأً حيث إنّه يحلف بخمسه وعشرين ويأخذ نصف الديه فيكون الغائب على حجته على نحو ما ذكر.

وما فى عباره الماتن من أنّ الغائب إذا حضر يحلف بقدر نصيبه. ففى اطلاقه منع كما بيّنا من الصور المفروضه فى المسأله.

ويجى ء فرض الصور فيما إذا كان أحد الوليين كبيراً والآخر صغيراً وادّعى الكبير على شخص أنّه القاتل إن لم يقم ولىّ الصغير بالدعوى، أو قلنا بعدم نفوذ إقامته الدعوى التى يثبتها الحلف، لأنّه من الحلف فى حقّ الغير.

ويمكن أن يقال بأنّ على الغائب إذا حضر بعد القصاص أو قبله وطالب بالديه يكون عليه الحلف بخمسه وعشرين، حيث انّ المطالب منه نصف الديه هو ورثه الجانى إذا كان حضوره بعد القصاص واعتراف الحاضر باستحقاقه نصف الديه، لا يعدّ إقراراً على النفس، حيث إنّ اللازم على الحاضر دفع نصف الديه عند قصاصه إلى

ولو أكذب أحد الوليين صاحبه لم يقدح ذلک فی اللوث[1] وحلف لإثبات حقّه خمسين يميناً وإذا مات الولی قام وارثه مقامه[2] فان مات فی أثناء الأيمان قال الشيخ: تستأنف الإيمان، لأنّه لو أتمّ لا يثبت حقّه بيمين غيره.

الشَرح:

الجانی أو ورثته لا إلی الولی الآخر. فالولی الآخر يستحقّ نصف الديه عند مطالبتها علی ورثه الجانی لا علی الولی الذی أخذ بالقصاص، كما لا يخفی.

[1] المراد أنّه إذا ادّعی أحد الوليين فی مورد اللوث القتل علی أحد وقال الولی الآخر أنّه ليس قاتلاً سواء ادّعی أنّ القاتل غيره أو قال أنّه ليس بقاتل فإنّه تكذيبه صاحبه فی دعواه لا يبطل اللوث بالإضافه إلی المدّعی عليه فيكون للمدّعی إثبات كون القاتل هو القسامه، غايه الأمر يكون تكذيب الولی الآخر من قبيل عدم دعواه علی المدّعی عليه، فيكون إثبات الولی المدّعی دعواه بخمسين رجلاً أو خمسين حلفاً، لأنّ دعوی القتل عمداً فی مورد اللوث يثبت بذلک.

[2] وذلک لانتقال حقّ الدعوی إليهم كما فی ساير الحقوق التی ينتقل إلی الوارث ولكونهم أولياء الدم بعد موت مورّثهم وعلی ذلک ففی مورد اللوث كما هو الفرض يقيمون القسامه علی دعواهم علی المدعّی عليه وكذا إذا مات مورّثهم أثناء الأيمان من القسامه، حيث يتعيّن علی القسامه استيناف الأيمان، لأنّ علی المدّعی إثبات دعواه بالقسامه والمدّعی بعد موت المورّث هم الورثه ويكون عليهم الإتيان بالقسامه بعد دعواهم علی المدّعی عليه حيث إنّ الإتيان بالقسامه وظيفه المدّعی وما نقل عن الشيخ من التعليل بأنّه لا يثبت حقّ الوارث بيمين غيره لا يخلو عن المناقشه، فإنّه يمكن أن لا يكون بعض القسامه أو جلّها مدّعياً، ومع ذلک يثبت دعوی المدّعی بيمينهم.

والصحيح ما ذكرنا من أنّ الوارث لم يكن مدّعياً حال حياه المورّث وبعد موته ودعواه علی المدّعی عليه فعليه إقامه القسامه علی دعواه.

مسائل

الأولى: لو حلف مع اللوث واستوفى الديه

الأولى: لو حلف مع اللوث واستوفى الديه ثمّ شهد اثنان أنّه كان غائباً فى حال القتل غيبه لا يقدر معها القتل بطلت القسامه واستعيدت الديه[1].

الثانيه: لو حلف واستوفى الديه ثمّ قال: هذه حرام فإن فسّره، بكذبه فى اليمين استعيدت منه[2] وإن فسّره بأنّه لا يرى القسامه لم يعترضه وإن فسّر بأنّ الديه ليست ملكاً للباذل فإن عيّن المالک الزم دفعها إليه، ولا يرجع على القاتل بمجرّد قوله، ولو لم يعين أقرّت فى يده.

الشَرح:

[1] لأنّ اعتبار القسامه معلّق على عدم البيّنه للمدّعى عليه على نفى الدعوى، وإذا قامت البيّنه بذلک تبطل القسامه التى كانت مستند الاثبات، وعليه فإن أخذ المدّعى الديه فعليه ردّها على المدّعى عليه.

وكذا إذا كان ذلک بعد الاقتصاص بالقسامه ما لم يعترف أنّه كذب فى دعواه، حيث يحسب اقتصاصه من القتل من غير تعمّد، وإذا اعترف بأنّه كاذب فى دعواه يؤخذ بالقصاص.

الثانيه: لو حلف واستوفى الديه

وما ورد فى عدم سماع البيّنه بعد الحلف هو بيّنه المدّعى، فإن أقامها بعد رضاه بيمين المنكر فلا تسمع ولا يفيد إقامتها بعد يمينه ولا يجرى ذلک فى المقام كما لا يخفى.

نعم لو لم يقم المدّعى فى المقام البيّنه أو القسامه بدعواه ورضى بيمين المدّعى عليه وقسامته فلا يسمع منه البيّنه أو القسامه على دعواه أخذاً باطلاق قوله عليه السلام : «ذهبت اليمين بدعوى المدّعى ولا دعوى له».

[2] أخذاً عليه بإقراره بخلاف ما إذا فسّره بأنّه لا يرى القسامه مثبتهّ لدعواه على مذهبه فإن الحاكم حيث يرى استحقاقه بها لا يستردّها منه.

ص :224

الثالثه: لو استوفى بالقسامه

الثالثه: لو استوفى بالقسامه فقال آخر: أنا قتلته منفرداً قال فى الخلاف: كان الولى بالخيار[1]. وفى المبسوط ليس له ذلک، لأنّه لا يقسم إلاّ مع العلم فهو مكذب للمقر.

الرابعه: إذا اتّهم والتمس الولى حبسه حتّى يحضر بيّنه ففى إجابته تردّد ومستند الجواز ما رواه السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام [2].«أن النبى صلّى اللّه عليه وآله، كان يحبس فى تهمه الدم سته أيام، فإن جاء الاولياء ببينه ثبت، والا خلى سبيله» وفى السكونى ضعف .

الشَرح:

ولكن يمكن أن يقال فيمن لا يرى على مذهبه الديه بالقسامه بأنّ على المدّعى عليه إلزامه بالاسترداد إلزاماً له بما التزموا به على مذهبهم.

نعم لو لم يكن فى البين مورد لقاعده الإلزام كما إذا فسّر بأنّ الديه ليست ملكاً لباذلها يؤخذ بإقراره فيما إذا عيّن مالكها ويلزم بردّها عليه، ولا يكون له الرجوع إلى القاتل بمطالبه الديه منه لنفوذ إقراره على نفسه لا على القاتل ولو لم يعيّن المالک فللحاكم إبقائها فى يده إذا كان هو أو معطيها من أهل الصدقه فى المال المجهول مالكه.

الرابعه: إذا اتّهم والتمس الولى

[1] إذا ادّعى على الغير في مورد اللوث وأقام القسامه على كونه القاتل سواء أخذ منه الديه أو لم يأخذها ثمّ أقرّ شخص بأنّه القاتل منفرداً لا يجوز للمدّعى الأخذ على المقرّ بإقراره بأن يأخذ الديه منه لأنّ دعواه على المدّعى عليه إقرار بأنّه لا يستحقّ على المقرّ.

وما ذكر الشيخ قدس سره من كونه مخيّراً فى أخذ الديه من أى منهما لا يمكن المساعده عليه، ولو صدّق المقرّ فى إقراره لا يجوز له أخذ الديه من المدّعى عليه أيضاً وإن استوفاها منه قبل ذلک تستردّ منه، لأنّ تصديقه يعتبر إقراراً بأنّه لا يستحقّ الديه من المدّعى عليه وتكذيب لقسامته التى أقامها.

[2] روى الشيخ بأسانيده عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى

ص :225

الفصل الرابع

فى كيفيه الاستيفاء

قتل العمد يوجب القصاص[1] لا الديه فلو عفا الولى على مال لم يسقط القود ولم تثبت الديه إلاّ مع رضاء الجانى، ولو عفا ولم يشترط المال سقط القود ولم تثبت الديه ولو بذل الجانى القود لم يكن للولى غيره.

الشَرح:

عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ النبى صلى الله عليه و آله كان يحبس فى تهمته الدم سته أيام فإن جاء أولياء الدم بثبت وإلاّ خلّى سبيله»(1).

وناقش الماتن فى الروايه بالسكونى مع أنّ الشيخ قدس سره وثّقه فى العدّه، ويظهر من كلامه أنّه لا ضعف فى الراويه بالنوفلى مع أنّه لم يوثّق، وقد ذكر أنّه لا يبعد كونه من المعاريف الذين لم يرد فيهم قدح ومقتضى إطلاقها عدم الفرق فى ذلک بين التماس المدّعى وعدمه ويمكن دعوى عدم اختصاصها بدعوى القتل بل يجرى فى دعوى الجراح أيضاً ولكن ما ورد فيها من قوله عليه السلام حاكياً عن النبى صلى الله عليه و آله فإن جاء أولياء الدم بثبتٍ ظاهره دعوى القتل دون الجراح.

[1] لا خلاف فى ثبوت القصاص فى القتل متعمّداً والمشهور بين الاصحاب بل المنفى عنه الخلاف ثبوته لولى الدم على نحو التعيين لا على نحو التخيير بينه وبين الديه فلا تثبت الديه إلاّ مع رضاء الجانى إذا عفى الولى على شرط المال سواء كان بمقدار الديه أو الأقل أو الأكثر وإذا لم يرض الجانى لم يسقط حقّ القصاص ولم يثبت لولىّ الدم المال حتّى ما لو كان بمقدار الديه.

ويدلّ على ذلک صحيحه عبداللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: من

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 9 من أبواب دعوى القتل وما يثبت به، الحديث 1: 121.

....

الشَرح:

قتل مؤمناً متعمّداً قيد منه إلاّ أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الديه فإن رضوا بالديه وأحبّ ذلک القاتل فالديه»(1).

فإنّ مقتضى تقييد نفوذ رضاء أولياء المقتول فى أخذ الديه بحبّ الجانى اعتبار رضاه فى الانتقال إلى الديه.

والمنسوب إلى العمانى والاسكافى تخيير الولى بين القصاص وأخذ الديه مع عدم عفوه.

ويستظهر ذلک من روايات:

وهى صحيحه عبداللّه بن سنان وابن بكير جميعاً عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سئل عن المؤمن يقتل المؤمن متعمّداً . . . إلى أن قال، فقال: إن لم يكن علم به انطلق إلى أولياء المقتول فأقرّ عندهم بقتل صاحبه فإن عفو عنه فلم يقتلوه أعطاهم الديه وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستين مسكيناً توبه إلى اللّه عز وجلّ»(2).

وصحيحته الأخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام «أنّه سئل عن رجل قتل مؤمناً متعمّداً وهو يعلم أنّه مؤمن غير أنّه حمله الغضب على أنّه قتله هل له من توبه إن أراد ذلک أو لا توبه له قال توبته إن لم يعلم انطلق إلى أوليائه فأعلمهم أنّه قتله فإن عفى عنه أعطاهم الديه واعتق رقبه وصام شهرين متتابعين وتصدّق على ستين مسكيناً»(3).

ووجه الاستظهار أنّه إذا وجب على الجانى إعطاء الديه مع عفو الولى أو الأولياء عن القصاص فلا محاله يكون مطالبتهم الجانى بالديه وإغماضهم عن القصاص حقّاً

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب ديات النفس، الحديث 9: 144.
2- (2) الوسائل: ج 15، الباب 28 من أبواب الكفارات، الحديث 1.
3- (3) الوسائل: ج 15، الباب 28 من أبواب الكفارات، الحديث 3.

....

الشَرح:

لهم عليه ونحوهما روايه أبى بكر الحضرمى قال: قلت لابى عبداللّه عليه السلام : رجل قتل رجلاً متعمّداً، قال: جزاءه جهنّم، قال قلت له: هل له من توبه؟ قال: نعم، يصوم شهرين متتابعين ويطعم ستين مسكيناً ويعتق رقبه ويؤدّى ديته، قال قلت: لا يقبلون منه الديه، قال: يتزوّج إليهم ثمّ يجعلها صله يصلهم بها، قال قلت: لا يقبلون منه ولا يزوّجونه، قال: يصرّه صرراً يرمى بها فى دارهم»(1)، ووجه الاستظهار ما تقدّم.

وفى النبوى: «من قتل له قتيلاً فهو مخيّر بين النظرين إمّا أن يفدى أو يقتل»(2).

وفى النبوى الآخر: «من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث أمّا أن يقتصّ أو يأخذ العقل أو يعفو»(3).

ولكن لا يخفى أنّ النبويين لا يمكن الاعتماد عليهما، وكذلک روايه أبى بكر الحضرمى مع أنّ مدلولها وجوب إعطاء الديه حتّى مع امتناع ولى الدم عن أخذها، فضلاً عن عدم مطالبته بها.

ويمكن أن يقال: إنّ صحيحه عبداللّه بن سنان الأولى المذكوره دليلاً على القول المشهور تعدّ قرينه على أنّ إعطاء الجانى مع العفو عن القصاص مقيّد فى الصحيحتين الأخرتين بصوره التراضى، ومع عدم إمكان هذا التقييد تقدّم الصحيحه الأخرى، لموافقتها لظاهر الكتاب المجيد(4).

حيث إنّ ظاهرها أنّ المجعول للولى فى مورد القتل متعمّداً الولايه على

1- (1) الوسائل: ج 15، الباب 28 من أبواب الكفارات، الحديث 4.
2- (2) سنن البيهقى: 8/52.
3- (3) سنن البيهقى: 8/53.
4- (4) سوره المائده: الآيه 45.

ولو طلب الديه فبذلها الجانى صحّ ولو امتنع لم يجز[1]، ولو لم يرض الولى بالديه جاز المفاداه بالزياده.

الشَرح:

القصاص الذى هو النفس بالنفس، ولذا لو عفى الولى عن القصاص على شرط المال لم يسقط القصاص ولم تثبت الديه، كما أنّه لو عفى عن القصاص ولم يشترط المال سقط حقّ القصاص ولم يكن له المطالبه بالدّيه.

[1] ولكن قد يقال إذا اختار الولى الديه يجب على الجانى دفعها وليس له الامتناع إلاّ من بذل نفسه للقصاص، حيث يجب عليه حفظ نفسه الموقوف على بذل الديه أو حتى فيما إذا طلب الولى بالزايد عليها. هذا مع تمكّنه على بذلها أو بذل الزايد عليها.

وفيه: إنّ وجوب حفظ النفس إذا كان متعلّقاً لحقّ الغير غير ثابت، ولذا يجب تسليم نفسه إلى الولى إذا أراد التوبه حتّى مع علمه بأنّه يأخذ القصاص منه.

وعلى تقدير القول بوجوب حفظ نفسه مع تمكّنه على أداء الديه أو حتّى الزايد عليها لا يكون هذا الوجوب معيّناً لحقّ الولى وتخييره بين القصاص أو أخذ الديه بحيث لو امتنع الجانى أو يتصدّى الحاكم لإعطائها من أمواله. نعم إذا لم يمكن للولىّ الاقتصاص أو توقّف الاقتصاص على ردّ الديه يكون للولى المطالبه بالديه.

ويدلّ على الانتقال إلى الديه فى الأول صحيحه ابن نصر عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات قال: إن كان له مال أخذ وإلاّ أخذ من الأقرب فالأقرب»(1).

وموثقه أبى بصير قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه قال: إن كان له مال أخذت الديه من ماله وإلاّ فمن الأقرب

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 3: 303.

ولا يقضى بالقصاص ما لم يتعيّن التلف بالجنايه ومع الاشتباه يقتصر على القصاص فى الجنايه[1] لا فى النفس.

ويرث القصاص من يرث المال عدا الزوج والزوجه[2] فإنّ لهما نصيبهما من الديه فى عمد أو خطأ، وقيل: لا يرث القصاص إلاّ العصبه دون الاخوه والأخوات الشَرح:

وإن لم يكن له قرابه أدّاه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرء مسلم»(1)، ومقتضاه أنّه مع عدم المال تؤخذ الديه من عاقلته ومع عدمها يتحمل الإمام ويودّى من بيت المال.

والروايتان وإن كانتا واردتين فى موت الجانى وهربه من القصاص إلاّ أنّ الانتقال إلى الديه حكم لعدم إمكان القصاص، ولو كان من غير جهتى الفرار والموت كما هو مقتضى تفريع عدم التمكّن من القصاص على فراره.

أضف إلى ذلک مقتضى التعليل الجارى فى جميع موارد عدم التمكّن، ولو كان عدمه شرعاً كما فى قتل الوالد ولده متعمداً فإنّه يتعيّن حقّ ولىّ الدم فى الديه، وأمّا كون ولىّ الدم مخيّراً بين القصاص مع ردّ الديه أو أخذ الديه فيدلّ عليه ما ورد فى قتل الرجل المرأه متعمّداً على ما تقدّم تفصيله، وفيما إذا عفى بعض الأولياء عن الجانى وفيما إذا اشترک اثنان فى قتل واحد وفيما إذا كان الجانى قد أخذ على الجنايه على عضوه ديه أو ذهب عضوه قصاصاً ثمّ قتل آخر عمداً.

[1] فإنّ استناد قتل النفس إلى الجارح إنّما يكون بسرايه الجرح واستفاد تلف النفس إليه، وإذا لم يحرز ذلک بالبيّنه العادله وإقرار الجانى يكون مقتضى الاستصحاب عدم كون التلف مستنداً إلى الجرح فيؤخذ القصاص فى الجنايه أو يؤخذ فيها بالأرش على ما يأتى.

[2] الظاهر أنّ عدم إرث الزوج أو الزوجه حقّ القصاص مجمع عليه بين

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 1: 302.

من الأم ومن يتقرّب بها وهو الأظهر. وقيل: ليس للنساء عفو ولا قود على الأشبه.

الشَرح:

الأصحاب. نعم إذا ثبت الديه أصلاً أو صلحاً يكونان كبقيه الوارث بحسب سهامهما ثمناً أو ربعاً.

وعن جماعه من أصحابنا قديماً وحديثاً أنّه يرث القصاص من يرث المال غير ما قلنا من استثناء الزوج والزوجه كما نقل ذلک عن الشيخ فى المبسوط وابن ادريس فى السرائر فى موضوع منها.

وعن العلامه والشهيد وعن الأصحاب من استنثى ممن يرث المال الاخوه والأخوات وغيرهما ممن يتقرّب إلى المقتول من طرف الأم، وإلى ذلک أشار الماتن قدس سره بقوله: وقيل لا يرث القصاص إلاّ العصبه دون الاخوه والأخوات من الأم وممن يتقرّب بها وهو الأظهر.

وعن بعض الأصحاب قول آخر وهو انّ النساء لا يرثن من حقّ القصاص أصلاً وإلى ذلک أيضاً أشار الماتن بقوله وقيل ليس للنساء عفو ولا قود.

ومستند هذا موثقه أبى العباس البقباق عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلت للنساء قود أو عفو قال: لا ، ذلک للعصبه»(1).

قال الشيخ قدس سره يعد روايتها بإسناده عن على بن الحسن بن فضال قال على بن الحسن: هذا خلاف ما عليه أصحابنا، وذكر فى الوسائل بعد نقلها: هذا محمول على التقيّه.

وقد يقال: إنّما تحمل الروايه على التقيّه فى مورد المعارضه وليس فى البين ما يدلّ على ثبوت القود للام أو النساء من العصبه حتّى تحمل الموثقه على التقيّه، وإنّما

1- (1) الوسائل: الباب 8 من أبواب موجبات الارث، الحديث 6: 432.

....

الشَرح:

الموجود فى مقابلها الاطلاق كما فى الآيه المباركه «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»(1) المقتضى لثبوت حقّ القصاص للنساء أيضاً، ويرفع اليد عنه بالموثقه الدالّه على كون المراد بالولى ذكور الوارّث من النسب وعدم ثبوته للنساء.

ودعوى انّ الموثقه معرض عنها لقول على بن الحسن بن فضال: هذا خلاف ما عليه أصحابنا، لا يمكن المساعده عليها، فإنّه لم يثبت الاعراض الموهن، خصوصاً بملاحظه ما ذكره البعض من أنّ النساء لا يرثن من الديه، فإنّه إذا لم يكن لهنّ الارث من الديه فمن القصاص بالأولويه.

وقد يقال: ما ثبت بالروايات كما يأتى أنّ المتقرّب بالام لا يرث من الديه سواء كان ذكراً أم أنثى ويتعدّى منه إلى القصاص أيضاً، فإنّ المتقرب بها إذا لم ترث من الديه فمن القصاص أولى، وأمّا الاناث من المتقرّبات إليه بالأب أو نفس الأم فيمكن استظهار أنّهنّ يرثن بقدر سِهامِهن من حقّ القصاص مضافاً إلى اطلاق مثل الآيه من صحيحه أبى ولاّد الحنّاط، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل وله أم وأب وابن، فقال الابن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبى ، وقال الأب: أنا أريد أن أعفو، وقالت الأم، أنا أريد أن آخذ الديه، قال فقال: فليعط الابن أمّ المقتول السدس من الديه ويعطى ورثه القاتل السدس من الديه حقّ الأب الذى عفا وليقتله»(2).

ووجه الاستظهار أنّ ثلث الديه الذى يعطيه الابن ديه الجانى لا ديه أبيه حتّى يرثها بمقدار حصّته من ديه ابنها المقتول فحكمه عليه السلام بأنّها تأخذ سدس الديه عفو عن حقّ قصاصها على الديه، ولو لم يكن لها حقّ القصاص لم يكن يستحقّ الأخذ من ديه

1- (1) سوره الاسراء: الآيه 33.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 52 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 83.

وكذا يرث الديه من يرث المال والبحث فيه كالأول غير انّ الزوج والزوجه يرثان من الديه على التقديرات[1].

الشَرح:

الجانى سدس الديه لأنّها لا تستحقّ من ديه ابنها المقتول إلاّ إذا صولح القصاص بالديه إذا لم يكن للأم حقّ القصاص، والمفروض أنّ أب المقتول وابنه لم يصالحا حقّ القصاص بالديّه بل أسقط أحدهما حقّه قصاصاً وديّةً، والثانى استوفى حقّ القصاص. وبتعبير آخر: لم يثبت فى الفرض الديه للمقتول على الجانى أصالةً، وإلاّ لم يكن مورد القصاص من الابن كما أنها لم يثبت على الجانى صلحاً لأنّ أب الميت عفى القاتل من القصاص والديه، والابن أراد القصاص فما تعطى لأم الميّت عوض عن حقّ قصاصها الذى عفته وطالبته بالديه، فيكون الابن ضامناً لها كم يضمن لورثه الجانى عفو الأب قصاصاً وديةً. فهذا الصحيحه على تقدير دلاله معتبره أبى العباس معارضه لها فى جهه الأم ولا مجال للجواب عن المعارضه بأنّ عدم ثبوت حقّ القصاص للأم لا ينافى حقّها فى الديه. نعم يمكن دعوى اختصاصها بالأم ويؤخذ فى غيرها بدلاله المعتبره.

[1] لا ينبغى التأمّل فى أنّ المتقرّب بالأمّ إلى المقتول لا يرث الديه من غير فرق بين الذكور والاناث كالاخوه والأخوات للمقتول من أمّه، ويدلّ على ذلک صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام فى ديه المقتول أنّه يرثها الورثه على كتاب اللّه وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين إلاّ الاخوه والأخوات من الأمّ، فإنّهم لا يرثون من ديّته شيئاً»(1).

وصحيحه عبداللّه بن سنان قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أنّ الديه يرثها الورثه إلاّ الاخوه والاخوات من الأم فإنّهم لا يرثون من الديه شيئاً»(2).

1- (1) الوسائل: ج 17، الباب 10 من أبواب موانع الارث، الحديث 1: 393.
2- (2) الوسائل: ج 17، الباب 10 من أبواب موانع الارث، الحديث 2: 393.

....

الشَرح:

وصحيحه محمد بن قيس على الأظهر، عن أبى جعفر عليه السلام قال قال: «الديه يرثها الورثه على فرائض الميراث إلاّ الاخوه من الأم فإنّهم لا يرثون من الديه شيئاً»(1).

ومعتبره عبيد بن زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «لا يرث الاخوه من الأم من الديه شيئاً»(2).

والروايات وإن ذكرت فيها الاخوه والأخوات إلاّ أنّه يلحق بهما ساير الأقرباء من طرف الأم، لعدم احتمال الفرق إن لم يكن الإلحاق بالفحوى.

نعم، نفس الأم ترث من ديه ولدها المقتول، لأنّ إرثها الديه مضافاً إلى أنّه مقتضى الاطلاق فى حساب الديه من تركته مستفاد من موثقه سماعه، قال: «سألته عن رجل ضرب ابنته وهى حبلى فأسقطت سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأه عليه فقالت المرأه لزوجها: إن كان لهذا السقط ديه ولى فيه ميراث فإنّ ميراثى فيه لابى ، قال: لا يجوز لأبيها ما وهبت له»(3).

وعلى الجمله، تستحقّ الأم وإن بنى على عدم حقّ القصاص للنساء ومنهنّ الأم على ما تقدّم فى معتبره أبى العباس البقباق عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قلت: هل للنساء قود أو عفو قال: لا وذلک للعصبه»(4)، والمراد من العصبه الذكور التقربّ إلى الميت من ولده أو من طرف أبيه.

وكذا الحال فى الزوج والزوجه، فإنّه لا يرث القصاص أحدهما إذا قتل الآخر،

1- (1) الوسائل: ج 17، الباب 10 من أبواب موانع الارث، الحديث 4: 393.
2- (2) الوسائل: ج 17، الباب 10 من أبواب موانع الارث، الحديث 5: 394.
3- (3) الوسائل: ج 17، الباب 10 من أبواب موانع الارث، الحديث 7: 395.
4- (4) الوسائل: ج 17، الباب 8 من أبواب موجبات الارث، الحديث 6: 432.

وإذا كان الولى واحداً جاز له المبادره[1]

الشَرح:

ولكن يرث أحدهما من ديه الآخر كما يشهد لذلک موثقه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «أيّما امرأه طلّقت فمات عنها زوجها قبل أن تنقضى عدّتها فإنّها ترثه ثمّ تعتدّ عدّه المتوفى عنها زوجها، وإن توفيت فى عدّتها ورثها، وإن قتلت ورث من ديتها، وإن قتل ورثت من ديته ما لم يقتل أحدهما الآخر»(1).

ومثلها موثقه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن رجل طلّق امرأته واحده ثمّ توفّى عنها وهى فى عدّتها قال: ترثه ثمّ تعتدّ عدّه المتوفّى عنها زوجها، وإن ماتت ورثها، فإن قتل أو قتلت وهى فى عدّتها ورث كلّ واحد منهما من ديه صاحبه»(2).

وأمّا ما ورد فى موثقه السكونى عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان لا يورّث المرأه من ديه زوجها شيئاً ولا يورّث الرجل من ديه امرأته شيئاً ولا الاخوه من الأم من الديه شيئاً»(3) فتحمل على التقيّه فى مقام المعارضه لو لم يمكن حملها على صوره قتل أحدهما صاحبه، واللّه العالم.

[1] وذلک فإنّ جواز المبادره بعد ثبوت حقّ القصاص مقتضى سلطنه ولى المقتول، والقصاص لا يدخل فى الحدود التى تكون بيد الإمام عليه السلام أو من نصبه خاصّاً أو عاماً، على ما تقدّم فى بحث الحدود، ونسب جواز المبادره إلى أكثر الأصحاب أو أكثر المتأخرين.

وعن جماعه اعتبار الاستيذان فلا تجوز المبادره إليه، فإن بادر فعل حراماً،

1- (1) الوسائل: ج 17، الباب 13 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 8: 531.
2- (2) الوسائل: ج 17، الباب 13 من أبواب ميراث الأزواج، الحديث 9: 532.
3- (3) الوسائل: ج 17، الباب 11 من أبواب موانع الارث، الحديث 4: 396.

والأولى توقّفه على إذن الإمام، وقيل: تحرم المبادره ويعزّر لو بادر، وتتأكّد الكراهيه فى قصاص الطرف، وإن كانوا جماعه لم يجز الاستيفاء إلاّ بعد الاجتماع، أمّا بالوكاله أو بالاذن لواحد[1]. وقال الشيخ قدس سره يجوز لكلّ منهم المبادره ولا يتوقّف على إذن الآخر، لكن يضمن حصص من لم يأذن.

الشَرح:

ولذلک يعزرّ وربما قيل يشير إلى عدم الجواز روايه محمد بن مسلم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من قتله القصاص بأمر الإمام فلا ديه له فى قتل ولا جراحه»(1).

ولكن لا يخفى مع أنّ فى سندها محمد بن عبداللّه بن هلال مقتضى التقييد فيها أنّه لولا أمر الأمام يثبت على ولى الدم الديه، ولم يلتزم ولا يمكن الالتزام به، والمراد بأمر الإمام أن يثبت حقّ الاقتصاص للمستوفى عند الإمام. نعم لا بأس بالالتزام بأنّ الاحتياط استحباباً الاستيذان خروجاً عن الخلاف فى مقام الاستيفاء.

[1] يقع الكلام فى المقام فى أنّه مع تعدّد أولياء الدم يثبت لمجموعهم حقّ واحد قائم بالمجموع بما هو مجموع، بحيث لو عفى واحد منهم سقط حقّ القصاص عن الجميع، نظير إرث الخيار فى البيع ونحوه، حيث يسقط بإسقاط البعض أو أنّ حقّ القصاص ثابت لعنوان ولىّ الميت بنحو صرف الوجود أو بنحو الانحلال فإن كان بنحو صرف الوجود يكون كالأوّل فى سقوطه ولو بإسقاط واحد منهم أو بنحو الانحلال فلا يسقط عن الآخرين بإسقاط البعض؟

الأظهر فى المقام كونه بنحو الانحلال، ولا يقاس بحقّ الخيار، فإنّ الخيار المنتقل إلى الورثه هو الخيار الثابت لمورثهم، وهو حقّ واحد لا يتبعّض، فإن اجتمعوا على الفسخ انفسخت المعامله وإلاّ تنفذ بخلاف حقّ القصاص فإنّه ثابت لولى الدم ابتداءً، غايه الأمر يحتمل ابتداءً لحاظه بنحو صرف الوجود، ولكن المستفاد من صحيحه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 24 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 8: 47.

....

الشَرح:

أبى ولاّد الحنّاط كونه بنحو الانحلال، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل وله أم وأب وابن فقال الأبن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبى، وقا الأب: أنا أريد أن أعفو، وقالت الأم: أنا أريد أن آخذ الديه، قال: فقال فليعط الابن أمّ المقتول السدس من الديه، ويعطى ورثه القاتل السدس من الديه حقّ الأب الذى عفى وليقتله»(1)، ويستفاد منها أيضاً ضمان المستوفى حصّته الآخر من الديه إذا لم يعفو حتّى عن الديه، ومع العفو عنها يضمن لورثه الجانى.

أضف إلى ذلک أنّه لو كان حقّ القصاص ثابتاً للمجموع أو بصرف وجود الوارث أنّه لو قتل الجانى أحد الورثه مستقلاً فاللازم أن يتعلّق عليه القصاص على الأول وأن يسقط حقّ القصاص بعفو واحد من الورثه ابتداءً عليهما.

لا يقال: لا بأس بالالتزام بسقوط القصاص عن الجانى بعفو أحد الورّاث ولو مع عدم رضاء الباقين، كيف؟ وقد يدلّ عليه صحيحه عبدالرحمن فى حديث قال: «قلت لابى عبداللّه عليه السلام : رجلان قتلا رجلاً عمداً وله وليّان فعفا أحد الوليين قال فقال: إذا عفا بعض الأولياء درى ء عنهما القتل وطرح منهما من الديه بقدر حصّه من عفا وأدّى الباقى من أموالهما إلى الذين لم يعفوا»(2).

وصحيحه أبى مريم الأنصارى، أو حسنته، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن عفا من ذى سهم فإنّ عفوه جايز وقضى فى أربعه اخوه عفا أحدهم قال: يعطى بقيّتهم الديه، ويرفع عنهم بحصّته الذى عفا»(3).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 52 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 83.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 54 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 85.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 54 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 85.

....

الشَرح:

وفی روایه زراره عن أبی جعفر علیه السلام «فی رجلین قتلا رجلاً عمداً وله ولیّان فعفا أحد الولیّین فقال: إذا عفا عنهما بعض الأولیاء دری ء عنهما القتل وطرح عنهما من الدیه بقدر حصّه من عفا وأدّی الباقی من أموالهما إلی الذی لم یعف»(1).

وفی روایه غیاث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبیه «أنّ علیّاً علیه السلام کان یقول من عفا عن الدم من ذی سهم له فیه فعفوه جائز وسقط الدم وتصیر دیه ویرفع عنه حصّته الذی عفا»(2).

وهذه الأخبار وإن کانت ظاهره فی سقوط حقّ القصاص عن الباقین بعفو بعض الورثه عن القصاص، ولکن لا دلاله لها علی عدم جواز القصاص مستقلاً قبل عفو بعض الورثه بأن یعتبر فی جواز القصاص اجتماع الورثه علیه کما هو ظاهر الماتن والمحکی عن العلامه والشهیدین والفاضل المقداد والأردبیلی والکاشانی، ومع ذلک لابدّ من رفع الید عن هذه الأخبار والأخذ بصحیحه أبی ولاّد الحنّاط المتقدّمه الظاهر فی انحلال حقّ القصاص وأنّه یتعلّق علی من أخذ بالقصاص إعطاء حصّته سایر الورثه من الدیه إذا عفوا عن القصاص خاصه، وذلک فإنّه موافقه لظاهر الآیه المبارکه الداله علی جعل السلطان لولی المقتول ظلماً حتّی وإن عفی بعض الولی عنه.

أضف إلی ذلک أنّ السقوط مذهب معظم العامّه کما أنّ المشهور عند أصحابنا و مذهب الأکثر من أصحابنا کون حقّ القصاص انحلالیّاً، وظاهر المبسوط الأجتماع علیه کما قیل.

ولکن لا یخفی انّ هذا فی حقّ قصاص النفس الذی یثبت لأولیاء المقتول ابتداءً.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 54 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 3: 86.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 54 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4: 85.

وينبغى للأمام أن يحضر عند الاستيفاء شاهدين فطنين احتياطاً[1] ولإقامه الشهاده إن حصلت مجاحده ويعتبر الآله لئلا تكون مسمومه خصوصاً فى قصاص الطرف[2]

الشَرح:

وأمّا إذا كان حقّ القصاص بالارث من واحد كما إذا مات ولىّ المقتول قبل الأخذ بالقصاص أو كان القصاص فى الطرف لا فى النفس ومات المجنى عليه قبل استيفاء القصاص والعفو يكون الأمر فيه كما فى إرث الخيار من ثبوته لمجموع الورثه، حيث انّ الحقّ الموروث واحد كما فى إرث الخيار.

[1] لم يرد بذلک نصّ فى المقام ولكن الاحتياط فى محلّه، بل لازم إذا احتمل الحاكم أنّ أولياء المقتول يجعلون حقّ القصاص ذريعه فى قتلهم شخصاً آخر ظلماً أو خيف من وقوع الفتنه أو الاتهام ولو بعد حين بدعوى ورثه الجانى، أنّ القتل بالقصاص لم يحصل وأنّما قتلوه ظلماً.

[2] إن كان المراد انّ الآله إذا كانت مسمومه لا يحصل القصاص فلا سبيل لنا إلى ذلک حتّى فى قصاص الطرف، وإن كان المراد عدم جواز ذلک تكليفاً فإنّ كونها مسمومه يؤثّر فى جسد المقتول من تفرّق الأعضاء بحيث يشكل تجهيزه، فهذا لا يجرى فيمن اغتسل ولبس الكفن قبل القصاص، وعلى كلّ فلا بأس بالالتزام بعدم الجواز إن أوجبت هتكاً فى المقتول فى جسده قبل الدفن، وهذا فى قصاص النفس.

وأمّا فى قصاص الطرف، فإن كان السّم معرضاً لسرايه الجرح فلا يجوز فإنّه تعدّى على الجانى، ولذا يحكم بضمان المقتصّ إذا تعدّى وكذا إذا سرى السمّ، وإذا كانت السرايه أمراً قاتلاً غالباً أو كان قصده ذلک يتعلّق القصاص على المقتصّ وإلاّ يؤخذ منه الديه.

نعم، إذا استند موت الجانى إلى القصاص والسمّ، يدفع إلى أولياء المقتصّ الديه

ولو كانت مسمومه فحصلت منها جنايه بسبب السمّ ضمنه، ويمنع من الاستيفاء بالآله الكالّه تجنّباً للتعذيب، ولو فعل أساء ولا شىء عليه، ولا يقتصّ إلاّ بالسيف ولا يجوز التمثيل به[1] بل يقتصر على ضرب عنقه، ولو كانت الجنايه بالتغريق أو بالتحريق أو بالمثقل أو بالرضخ.

الشَرح:

فى القصاص منه، كما فى صوره كون السرايه إلى النفس غير مقصود، ولا أمراً غالبياً لكون الجنايه مستنده إلى أمرين أحدهما مضمون والآخر غير مضمون أو يؤخذ منه الديه.

[1] حيث انّ المثله حرام وقد ورد النهى عنه حتّى بالإضافه إلى البغاه على الإمام عليه السلام .

ويدلّ عليه أيضاً جمله من الروايات:

منها صحيحه الحلبى وروايه أبى الصباح الكنانى، جميعاً عن أبى عبداللّه عليه السلام قالا: «سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتّى مات، أيدفع إلى ولىّ المقتول فيقتله؟ قال: نعم، ولكن لا يترک يعبث به ولكن يجيز عليه بالسيف»(1).

وروايه اسحاق بن عمّار قال: «قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إنّ اللّه يقول فى كتابه «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً فلا يسرف فى القتل» ما هذا الإسراف الذى نهى عنه؟ قال: نهى أن يقتل غير قاتله أو يمثّل بالقاتل»(2).

ولا يخفى انّ مقتضاهما عدم جواز القصاص بالآله أيضاً. فإن القصاص به نوع عبث بالجانى وإسراف فى قتله.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 62 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 95.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 62 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 95.

وأجره من يقيم الحدود من بيت المال، فإن لم يكن بيت مال أو كان هناک ما هو أهمّ كانت الأجره على المجنى عليه[1] [ولا يضمن المقتصّ سرايه القصاص. نعم لو تعدّى ضمن. فإن قال: تعمّدت، اقتصّ منه فى الزايد، وإن قال: أخطأت، أخذت منه ديه العدوان، ولو خالفه المقتصّ منه فى دعوى الخطأ كان القول قول المقتصّ مع يمينه، وكلّ من يجرى بينهم القصاص فى النفس يجرى فى الطرف، ومن لا يقتصّ له فى النفس لا يقتصّ له فى الطرف.

الشَرح:

وظاهر الصحيحه والروايه التى لا تبعد اعتبارها تعيّن القصاص بالسيف وكونه بالضرب فى عنقه خاصّه، فيمكن استنادته ممّا ورد فى تجهيز المقتول قصاصاً ولكن سندها ضعيف كدلالتها.

ودعوى أنّ الجانى يقتل بما هو المتعارف فى كلّ عصر أخذاً بالاطلاق فى الروايات الوارده فى ولايه ولى المقتول بقتل الجانى والتحديد بالضرب بالسيف لكونه هو المتعارف فى ذلک الزمان لا لخصوصيه فيه، لا يمكن المساعده عليه. فإنّ ظاهر الصحيحه ونحوها تحديد القصاص المشروع بالضرب بالسيف كساير التحديدات الوارده فى ساير الموارد، كما أنّ القول بأنّه يجوز القصاص بمثل ما قتل أخذاً ببعض النبوى مع ضعفه سنداً ومعارضته بما تقدّم وإعراض الأصحاب عنه لا يعبأ به.

وعلى الجمله، فالقصاص عن الجانى القاتل عمداً فى جواز كيفيه القصاص تكليفاً مقيّد بكونه بالإجهاز عليه بالسيف، فإذا كان القصاص بغير هذه الكيفيه يكون محرّماً فى كيفيّته ويستحقّ الولىّ المرتكب التعزير عليه.

[1] المراد من المجنى عليه من يقام عليه الحدّ أو يجرى عليه القصاص، وأمّا الاجره على إقامه الحد فلا ينبغى التأمّل فى أنّها على بيت المال، فإنّ إقامتها وظيفه الحاكم ولو بالتوكيل والتسبيب، وإذا احتاجت إلى الاجره تكون على بيت المال، لأنّ

....

الشَرح:

إقامتها من مصالح المسلمين ولا يجب على من يقيم عليه الحدّ إلاّ تسليم نفسه لإقامته. وقد تقدّم مورد وجوب التسليم فى بحث الحدود، ولو لم يكن بيت مال أو كان فى البين أمر آخر أهمّ لصرفه استدان الحاكم على بيت المال، وقد تقدّم انّ من الذين يرتزقون من بيت المال الحدّاد، وأمّا القصاص فيمكن أن يكون الأمر فيه أيضاً كذلک.

ويمكن دعوى كون الاجره على أولياء الدم إذا لم يباشروا القصاص، فإنّ مجرى القصاص هم الأولياء ولو بالتسبيب. نعم إذا وصلت النوبه إلى قصاص الإمام لعدم الولى يكون الأجره على بيت المال، فإنّ الإمام يكون له القصاص بما هو إمام، ولا يكون فى القصاص الأجره على الجانى، فإنّه ليس له إلاّ تسليم نفسه للقصاص. وتنزيله منزله البايع إذا باع المكيل والموزون فى كون اجره الكيل والوزن عليه فيه ما لا يخفى.

وأمّا عدم ضمان المقتصّ سرايه القصاص، فقد تقدّم أنّ من قتله القصاص أو الحدّ لا ديه له فضلاً عن ثبوت القصاص، كما يشهد لذلک عدّه من الروايات، كصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «أيّما رجل قتله الحدّ أو القصاص فلا ديه له»(1).

وصحيحه أبى العباس عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عمّن أقيم عليه الحد أيقاد منه أو تؤدّى ديّته؟ قال: لا ، إلاّ أن يزاد على القود»(2).

وصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام فى حديث: «ومن قتله القصاص فلا ديه له»(3).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 24 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 9، 47.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 24 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 7، 47.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 24 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 5، 47.

وهنا مسائل:

الأولى: إذا كان له أولياء لا يولّى عليهم

الأولى: إذا كان له أولياء لا يولّى عليهم[1] كانوا شركاء فى القصاص، فإن حضر بعض وغاب الباقون، قال الشيخ للحاضر الاستيفاء بشرط أن يضمن حصص الباقين من الديه، وكذا لو كان بعضهم صغاراً.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «من اقتصّ منه فهو قتيل القرآن»(1)، إلى غير ذلک.

نعم، لو تعدّى المقتصّ فى اقتصاصه يضمن التعدّى، فإن كان التعدّى عن عمد يقتصّ منه فى مورد القصاص، وإن كان عن غير عمد يؤخذ منه الديه، وكذا فى مورد عدم إمكان القصاص.

وأمّا إذا اختلف المقتصّ منه أو أوليائه فى التعدّى أو التعمّد فى العتدّى كان القول قول المقتصّ لأصاله عدم التعدّى وعدم تعلّق القصاص أو الديه عليه، فيحلف على عدم التعدّى أو عدم التعدّى عمداً، ولا مورد فى الدماء ونحوها لأصاله العمد ليثبت بحلف الخصم على نفى الخطأ.

وأمّا جريان القصاص فى الطرف فى كلّ ما يجرى فيه القصاص فى النفس وعدم جريانه فى كلّ ما لا يجرى فيه القصاص فى النفس على ما تقدّم فى شرائط القصاص فهو مقتضى الاطلاق فى أدلّه الاشتراط بل التصريح فى الاطلاق فى بعضها كما فى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «لا يقاد مسلم بذمّى فى القتل ولا فى الجراحات»(2)، فراجع.

[1] إذا كان للمقتول أولياء كاملون بحيث لا يولّى عليهم، كانوا شركاء فى

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 24 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2، 46.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 47 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 5، 80.

....

الشَرح:

القصاص عند الماتن وغيره، ومقتضاه على ما تقدّم ان لا يجوز لأحدهم لا قتصاص إلاّ بموافقه الأخرين، وعلى ذلک فلو كان بعض الأولياء غائبين أو قاصرين وقيل بأنّ الولى على ولىّ الدم لا يملک الاقتصاص منه يشكل الاقتصاص من الأولياء الحاضرين أو غير القاصرين.

ولكن مع ذلک قال الشيخ قدس سره أنّه يجوز للحاضر أو الحاضرين أو الكامل والكاملين الاقتصاص ويضمنون للغائب أو القاصر حصتّه من الديه. وظاهر الماتن قبول هذا القول الذى صحيح على مسلک الشيخ من كون حقّ الاقتصاص انحلاليّاً، وأمّا إذا كان حقّاً واحداً ثابتاً لمجموع الأولياء فيجرى الأشكال فى الاقتصاص، ولكن عللّ ذلک كما فى الجواهر(1) بأنّ التأخير فى الاقتصاص إلى مجى ء الغائب أو بلوغ القاصر أو إقامته معرض لزوال حقّ الحاضر أو الكامل وإلزامهما القاتل بإعطاء نصيبهما من الديه كحبس القاتل إلى مجىء الحاضر، أو بلوغ القاصر ضرر على القاتل.

أقول: قد تقدّم انّ حقّ الاقتصاص انحلالى، وعليه فلا إشكال فى جواز اقتصاص الحاضر أو الكامل، ويضمن الغائب أو القاصر حصّته من الديه. وأمّا إذا لم يكن حقّ الاقتصاص انحلاليّاً كما إذا مات ولى الدم قبل الاقتصاص وانتقل حقّ قصاصه إلى ورثته المتعدّدين بعضهم غائب أو قاصر فلا يجوز للحاضر والكامل الاستقلال فى الاقتصاص، كما تقدّم. فمع عدم ثبوت الاقتصاص لولىّ الغائب أو القاصر كما سيأتى ينتقل الأمر إلى جواز مطالبه الحاضر أو الكامل نصيبه من الديه إذا كان انتظار مجىء الغائب أو كمال القاصر معرّضاً لبطلان دم امرء مسلم وذهابه هدراً كما فى ساير موارد

1- (1) جواهر الكلام: 42/303.

وقال: لو كان الولى صغيراً وله أب أو جدّ لم يكن لأحد أن يستوفى حتّى يبلغ، سواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف[1]، وفيه إشكال. وقال: يحبس القاتل حتّى يبلغ الصبى أو يفيق المجنون، وهو أشدّ إشكالاً من الاوّل.

الثانيه: إذا زادوا على الواحد فلهم القصاص، ولو اختار بعضهم الديه وأجاب القاتل جاز، فإذا أسلّم سقط القود على روايه[2].

الشَرح:

تعذّر القصاص، واللّه العالم.

[1] إذا كان ولى الدم صغيراً أو مجنوناً كما إذا قتل واحد أم الصغير أو المجنون وكان للصغير أب وجدّ للأب فقد ذكر الشيخ قدس سره أنّه لا يجوز للأب أو الجد الاقتصاص من الجانى، وذلک فإنّ ظاهر الأدلّه ثبوت حقّ الاقتصاص لولىّ المقتول، والمفروض أنّه صغير أو مجنون وولايه الأب أو الجد للأب على الصغير والمجنون لم يثبت فى حقّ الاقتصاص منه وظاهر الأدلّه كما ذكر جعل حقّ الاقتصاص لولىّ المقتول فى قصاص النفس ولنفس المجنى عليه فى قصاص الطرف، وعلى ذلک فإن كان فى أخذ الديه صلاح الطفل أو المجنون فيجوز لوليّهما أخذ الديه له لثبوت الولايه لهما بالإضافه إلى الأموال ولا دلاله فى آيه «يسألونک عن اليتامى»(1) وغيره على أزيد من جواز أخذ الديه عند الصلاح، كما لا يخفى.

نعم، إذا لم يبذل الجانى الديه وخيف فراره إلى بلوغ الطفل أو لم يكن رجاء بإفاقه المجنون يجوز فى الأول حبسه وفى الثانى إلزامه بإعطاء الديه لتوقّف استيفاء الحقّ عليه فى الأول، ولأنّه لا يذهب دم امرء مسلم هدراً فى الثانى.

[2] قد تعرّضنا لتلک الروايات وأجبنا عنها بأنّها تحمل على التقيه، مع أنّ موردها عفو بعض الورثه وعدم مطالبه الجانى بشىء حتّى الديه، والمفروض فى المسأله أخذ

1- (1) سوره الانعام: الآيه 152.

الثالثه: إذا أقرّ أحد الوليّين

والمشهور أنّه لا يسقط وللأخرين القصاص بعد أن يردّوا عليه نصيب من فاداه، ولو امتنع من بذل نصيب من يريد الديه جاز لمن أراد القود أن يقتصّ بعد ردّ نصيب شريكه، ولو عفا البعض لم يسقط القصاص وللباقين أن يقتصّوا بعد ردّ نصيب من عفا على القاتل.

الثالثه: إذا أقرّ أحد الوليّين بأن شريكه عفا عن القصاص على مال لم يقبل إقراره على الشريک[1] ولا يسقط القود فى حقّ أحدهما وللمقرّ أن يقتل لكن بعد أن يرد نصيب شريكه. فإن صدّقه فالردّ له وإلاّ كان للجانى والشريک على حاله فى شركه القصاص.

الشَرح:

بعض الورثه نصيبه من الديه أو الفداء زاد عن نصيبه أم نقص. وقد تقدّم أنّ صحيحه أبى ولاّد الحنّاط عن أبى عبداللّه عليه السلام الوارده فى مقتول له أب وابن وأم أن أخذ الأم الديه لا يوجب سقوط حقّ القصاص للأبن كما لا يسقطه عفو الأب للجانى، وعلى ذلک فإن امتنع الجانى عن بذل نصيب من يريد الديه جاز لمن يريد الاقتصاص أن يقتصّ ويضمن نصيب من أراد الديه.

وظاهر الماتن أنّ ثبوت حقّ القصاص منوط بدفع نصيب من أراد الديه ولكن الثابت الضمان والأداء كما هو مدلول الصحيحه. نعم الأداء قبل الاقتصاص أحوط.

وعلى الجمله، يستفاد من صحيحه أبى الولاّد المزبوره أنّ حقّ القصاص للأولياء لا يسقط بعفو بعض الورثه أو بمطالبته بالديه، بل من يريد الاقتصاص يكون عليه ضمان ديه من يريد الديه، كما يكون عليه ضمان من عفى عن القصاص والديه بأن يدفع حصّته من الديه إلى الجانى.

[1] فإنّ إخباره بأنّ شريكه عفى عن القصاص بمال إقرار على شريكه فى القصاص فلا ينفذ بل يبقى الشريک على حقّه فى الاقتصاص منه فإن اقتصّ المقرّ من

الرابعه: إذا اشترک الأب والأجنبی فی قتل ولده

الرابعه: إذا اشترک الأب والأجنبی فی قتل ولده أو المسلم والذمّی فی قتل ذمّی فعلی الشریک القود[1] ویقتضی المذهب أن یردّ علیه الآخر نصف دیته وکذا لو کان أحدهما عامداً والآخر خاطئاً کان القصاص علی العامد بعد الردّ، لکن هنا الرد من العاقله، وکذا لو شارکه سبع لم یسقط القصاص لکن یردّ علیه الولی نصف دیته.

الشَرح:

الجانی فعلیه أن یردّ نصیب شریکه من الدیه، فإن صدّقه فی إخباره فالردّ له، فإن قال: عفوت عن الجانی، یکون نصیبه للجانی، کما تقدّم الوجه فی تلک فی المسأله الثانیه.

[1] إذا قتل شخص وکان قاتله اثنان والقتل بالإضافه إلی أحدهما موجب للقصاص عنه، وبالإضافه إلی الآخر موجب للدیه فقط، کما إذا قتل والد مع أجنبی ولده أو قتل مسلم مع ذمّی ذمّیاً آخر، فلولیّ المقتول أن یقتصّ ممّن یثبت القصاص فی حقّه وعلی الجانی الآخر أن یعطی الدیه لورثه الجانی المقتصّ منه أو للجانی.

وإذا کان القتل بالإضافه إلی أحد القاتلین قتلاً عمدیاً موجباً للقصاص وکان من الآخر موجباً للدیه علی عاقلته کما إذا کان خطئاً محضاً فللولی إن یقتص ممن یکون قتله موجباً للقصاص ویکون نصف الدیه للجانی من عاقله من یکون قتله خطأً محضاً.

وإذا کان القتل بفعل اثنین وکان قتل أحدهما موجباً للاقتصاص منه والفعل من الآخر غیر مضمون علیه کالسبع یکون نصف الدیه علی ولیّ القصاص یدفعه إلی من یرید الاقتصاص منه، وکأنّ ما ذکر متسالم علیه بین أصحابنا والخلاف من بعض العامّه، حیث ذکروا عدم القصاص لعلّ نظرهم فی سقوط القصاص هو انّ القود یتعلّق علی من یکون القتل صادراً عنه وفی المفروض القتل لم یصدر عنه بل یکون مستنداً إلی مجموع الفعلین من فاعلین.

الخامسه: للمحجور عليه لفلس أو سفه استيفاء القصاص لاختصاص الحجر بالمال[1] ولو عفا على مال ورضى القاتل قسّمه على الغرماء، ولو قتل وعليه دين فإن أخذ الورثه الديه صرفت فى ديون المقتول ووصاياه كما له، وهل للورثه استيفاء القصاص من دون ضمان ما عليه من الديون؟ قيل نعم، تمسّكاً بالآيه، وهو أولى، وقيل: لا ، وهو مروى[2].

الشَرح: ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ القود يتعلّق بالقاتل عمداً، كان مستقلاً فى فعله أم لا ، كما تقدّم فى مسائل الشركه فى القتل.

[1] لا يخفى أنّ المحجور عليه بالفلس يكون محجوراً عليه بالإضافه إلى الأموال التى حجر عليه فيها، وكذلك السفيه بالإضافه الى امواله الموجوده وعليه فلا موجب لمنع المفلّس أو السفيه عن الاقتصاص، لأنّ الاقتصاص ليس تصرّفاً ماليّاً، كما أنّ أحدهما إذا عفى عن القصاص على مال كان له ذلك فإن أخذ المال لا يكون تصرّفاً فى أمواله الموجوده، ولذا يجوز للمفلس أن يوجر نفسه للعمل ويستحقّ السفيه أجره المثل على من استعمله بل الأجره المسمّى إذا استأجره.

وعلى الجمله، إذا عفى المحجور عليه عن القصاص على مال كان ذلك المال محسوباً من الديه، فيعامل معها معامله التركه لما دلّ حساب ديه القتل من تركه الميت، ولو كانت الديه ثبوتها للتراضى بها عن القصاص.

[2] التعبير ب(قيل) إشاره إلى الاختلاف، وهذا القول قائله الشيخ قدس سره فى النهايه، حيث ذكر انّ الورثه إذا استوفوا القصاص يكون الدين للغرماء عليهم، ويستدلّ على ذلك بما رواه فى التهذيب عن الصفّار عن محمد بن الحسين بن أبى الخطاب عن محمد بن أسلم الجبلى عن يونس ابن عبدالرحمن عن ابن مسكان عن أبى بصير قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله

....

الشَرح:

وعليه دين؟ فقال: إنّ أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل فإن وهبوا أوليائه ديه القاتل فجائز، وإن أرادوا القود فليس لهم ذلک حتّى يضمنوا الدين للغرماء وإلاّ فلا»(1).

ولكن لا يخفى أنّ مقتضى ما ورد فيها من أنّ أصحاب الدّين هم الخصماء للقاتل ان تؤخذ الديه من القاتل لا نفوذ هبه الأولياء الديه له مع أنّه قد ذكر بعده فإن وهبوا أوليائه ديه القاتل فجائز.

وقد روى الشيخ بأسناده عن يونس عن ابن مسكان عن أبى بصير قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين وليس له مال فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله وعليه دين؟ فقال: إنّ أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل فإن وهب أوليائه دمه للقاتل ضمنوا الديه للغرماء وإلاّ فلا»(2)، ومقتضاها انّ مع عفو القاتل عن الدم بترک القصاص وأخذ الديه من قبل الأولياء يوجب ضمانهم الديه للغرماء، وإلاّ أى إن لم يكن عفو كذلک بأن أخذ القصاص أو أخذو الديه فليس عليهم ضمان، فإنّه مع أخذهم الديه تحسب الديه من تركه الميت، وتصرف فى ديونه، وإن أخذوا بالقصاص فقد استوفوا حقّهم.

ومع تعارض النقلين فى ضمان الدّين فى صوره القصاص وعدم ضمانه يؤخذ بالنقل الثانى، لصّحه سنده، بل كونه موافقاً للكتاب المجيد من قوله سبحانه: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»(3)، وعلى هذا فإن عفوا عن القصاص على الديه فهو، وإلاّ أى عفوا عن الدم ضمنوا الديه للغرماء.

يويّد ذلک روايه على بن أبى حمزه عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال: «قلت له:

1- (1) الوسائل: ج 13، الباب 24 من أبواب الدّين، الحديث 2.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 59 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 92.
3- (3) سوره الاسراء: الآيه 33.

السادسه: إذا قتل جماعه على التعاقب

السادسه: إذا قتل جماعه على التعاقب ثبت لولىّ كلّ واحد منهم القود[1] ولا يتعلّق حقّ واحد بالآخر، فإن استوفى الأول سقط حقّ الباقين لا إلى بدل على تردّد، ولو بادر أحدهم فقتله فقد أساء وسقط حقّ الباقين وفيه إشكال ينشأ من حيث تساوى الكلّ فى سبب الاستحقاق.

الشَرح:

جعلت فداک، رجل قتل رجلاً متعمّداً أو خطأ وعليه دين وليس له مال، وأراد أولياؤه أن يهبوا دمه للقاتل؟ قال: «إن وهبوا دمه ضمنوا ديّته» فقلت: إن هم أرادوا قتله؟ قال: «إن قتل عمداً قتل قاتله وأدّى عنه الإمام الدّين من سهم الغارمين» قلت: فإنّه قتل عمداً وصالح أولياؤه قاتله على الديه فعلى من الدّين، على أوليائه من الديه؟ أو على إمام المسلمين؟ فقال: «بل يؤدّوا دينه من ديّته التى صالحوا عليها أولياؤه فإنّه أحقّ بديّته من غيره»(1).

[1] فإنّ لكلّ من أولياء المقتولين ولايه بالاقتصاص منه، ولا يكون اشتراک فى حقّ القصاص الواحد بأن يكون ثبوته وسقوطه باشتراک الكلّ فى القصاص أو العفو عنه أو يضمن المستوفى الديه على السائرين. وعليه فإن اجتمعوا ورضوا كلّهم بالقصاص عنه فقط فقد استوفوا كلّهم حقّهم.

وظاهر الماتن انّ ولىّ المقتول الأوّل أولى بالقصاص ممن بعده من ولىّ المقتول الثانى حيث قال لو بادر الأول إلى القصاص سقط حقّ الباقين، ولو بادر أحدهم أى غير الأول فقد أساء وسقط حقّ الباقين. والظاهر هو أنّه إن رضوا كلّهم بالقصاص فلا مورد لأخذ الديه، وإن طالب بعضهم الجانى بالديه ورضى الجانى به لا يسقط حقّ الباقين فى القصاص، ولكن إن لم يرض بالديه لا يكون على الجانى إلاّ الاقتصاص، لأنّ ثبوت الديه للباقين لا موضوع له، حيث ثبوت الديه إمّا يكون بالتراضى مع الجانى أو بالتعبّد وشىء منهما غير مفروض فى المقام.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 59 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2: 92.

السابعه: لو وكلّ فى استيفاء القصاص فعزله قبل القصاص

السابعه: لو وكلّ فى استيفاء القصاص فعزله قبل القصاص ثمّ استوفى فإن علم فعليه القصاص[1] وإن لم يعلم فلا قصاص ولا ديه.

أمّا لو عفا الموكل ثمّ استوفى ولمّا يعلم فلا قصاص أيضاً وعليه الديه للمباشره ويرجع بها على الموكل لأنّه غار.

الثامنه: لا يقتصّ من الحامل حتّى تضع، ولو تجدّد حملها بعد الجنايه[2]،

الشَرح:

ومما ذكر يظهر أنّه لا فرق بين قتل المتعدّد متعاقباً أو دفعةً، بل لا فرق بين اقتصاص واحد من الأولياء أو قتل الأجنبى الجانى، فإنّه فى جميع الصور ينتفى مورد حقّ القصاص. نعم يمكن دعوى انّ الديه تثبت على بيت المال لئلا يذهب دم المقتولين هدراً، ولكن هذا أيضاً لا يخلو عن الإشكال.

الثامنه: لا يقتصّ من الحامل حتّى تضع

[1] قد تقدّم أنّه لا يجب فى الاقتصاص مباشره الولى بأنّ لولى الدم التوكيل فى استيفاء حقّه، فإن وكلّ الأخر فى الاستيفاء ثمّ عزله، فإن علم الوكيل بالعزل فلا يجوز له الاستيفاء بل لو استوفى يكون عليه القصاص، لأنّ قتله تعمّد فى التعدّى أى القتل ، ولكن لو استوفى قبل أن يبلغه العزل لا يثبت عليه قصاص ولا ديه، بل يسقط حقّ الولى، لأنّ فعل الوكيل نافذ ما لم يبلغه ولا يسقط وكالته بمجرّد العزل.

ولو عفا الولى القاتل ثمّ استوفى الوكيل القصاص بلا علمه بالعفو يكون على الوكيل الديه لقتله ولاعتقاده جواز القتل بحسب شبه عمد ولكن يرجع فى الديه بعد إعطائها لورثه الجانى المعفو عنه إلى ولىّ الدم لأمره بقتل الجانى وعدم إبلاغه عفوّه المعبّر عن ذلک بالغرور.

ولا يبعد أن يكون الحكم كذلک إذا مات الموكلّ ولم يعلم به الوكيل واستوفى القصاص، فإنّه يكون عليه الديه ويرجع بها إلى تركه الميت.

[2] لا ينبغى التأمّل فى الحكم من لزوم تأخير الاقتصاص إلى وضع الحمل، لأنّ

فإن ادّعت الحمل وشهدت لها القوابل ثبت، وإن تجرّدت دعواها قيل: لا يؤخذ بقولها: لأنّ فيه دفعاً للولى عن السلطان، ولو قيل يؤخذ كان أحوط وهل يجب على الولى الصبر حتّى يستقلّ الولد بالإغتذاء؟ قيل: نعم، دفعاً لمشقّه اختلاف اللبن، والوجه تسليط الولى إن كان للولد ما يعيش به من غير لبن الأم والتأخير إن لم يكن، ولو قتلت المرأه قصاصاً فبانت حاملاً فالديه على القاتل، ولو كان المباشر جاهلاً به وعلم الحاكم ضمن الحاكم.

الشَرح:

الاقتصاص من الحامل إسراف فى القتل واتلاف نفس أى الحمل بغير حقّ.

وأمّا إذا كان قبل ذلک من كون الحمل علقه أو مضغه فمقتضى إطلاق كلمات الأصحاب عدم الفرق فى لزوم تأخير القصاص بينه وبين الحمل الذى ولجته الروح، واستدلّ على ذلک بالروايات الدالّه على تأخير إجراء الحدّ على المريض والمجروح والمستحاضه، حيث يكون إجرائه مظنّه تلف النفس، بل يجب تأخير الاقتصاص بعد وضع الحمل أيضاً إذا كان الطفل من غير الارتضاع من أمّه فى معرض التلف، وكذا إذا لم يوجد كافل له من غيرأمّه.

وما ذكر ظاهر ما لو كان الحمل عند ولوج الروح أو كونه جنيناً لحرمته، وأمّا إذا كان قبل ذلک، ففى استفاده الحكم من الروايات المشار إليها تأمّل، ولا يبعد دعوى الاطمينان بعدم الفرق، ولا أقلّ من كون التأخير أحوط على الولىّ.

وقد يقال بأنّه لا يبعد دعوى قبول قولها فى كونها حاملاً وإن لم تشهد القوابل به إذا احتمل صدقها، فإنّ القبول مقتضى اطلاق قوله سبحانه: «ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق اللّه فى أرحامهنّ»(1) الملازم لقبول قولهنّ حتّى فى الحمل.

ولكن الآيه وارده فى المطلقات واحتمال الخصوصيه متحقّق، لأنّ دعوى

1- (1) سوره البقره: الآيه 228.

التاسعه: لو قطع يد رجل ثمّ قتل آخر قطعناه أوّلاً ثمّ قتلناه[1]

الشَرح:

الحمل عن المطلقّه الاخبار بكون عدتّها وضع حملها، فلا يمكن التعدّى.

نعم، روى الطبرسى فى مجمع البيان عن الصادق عليه السلام «فى قوله تعالى: «ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق اللّه فى أرحامهنّ» قال: قد فوضّ اللّه إلى النساء ثلاثه أشياء: الحيض والطهر والحمل»(1)، ولكنّها مرسله لا يمكن الاعتماد عليها.

وإذا اقتصّ الولى من المرأه فبان كونها حاملاً، فإن كان ولجته الروح فمع جهله بالحال يكون الديه على عاقلته على المنسوب إلى المشهور، وقيل بأنّه يكون الديه على المباشر، لأنّ قتل الأم إتلاف للحمل المفروض ولوج الروح فيه، وحيث إنّه كان جاهلاً بالحال يكون إتلافه موجباً لضمانه الديه.

وكذا يضمن الديه للتلف إذا كان قبل ولوجه، بل حتّى لو كان علقه أو مضغه. نعم لو كان المباشر غير الولى وكان القتل بأمره يمكن أن يقال بجواز رجوعه إلى الولى لكونه غارّاً ولا يعتبر فى الرجوع إلى الغارّ علمه بالحال.

نعم لو كان ولى الدم الحاكم والمباشر مأذون منه يكون استقرار الضمان على بيت المال، لما دلّ على «أنّ خطأ القضاه فى بيت المال»، نعم لو فرض علم الحاكم بكونها حاملاً فاستقراره عليه لا على بيت المال، ولكن لا يخفى انّ إتلاف الأم أمر جايز لولى الدم والمفروض أنّه قصده خاصه ولم يلتفت ولم يقصد فعلاً يتعلّق بالحمل فاللازم أن يحسب القتل خطأً محضاً وتكون الديه على العاقله إلاّ أن يقال لا دليل فى ديه الجنين قبل ولوج الروح على العاقله حتّى فى الاتلاف بخطأ محض.

[1] إن كان المراد أنّه يجب على ولىّ يجب على ولىّ المقتول أن يصبر إلى أن يستوفى الاقتصاص من قطع اليد، فالظاهر أنّه لا دليل عليه، لأنّ ولىّ الدم له سلطنه على

1- (1) مجمع البيان: 2: 326.

وكذا لو بدأ بالقتل توصّلاً إلى استيفاء الحقّين، ولو سرى القطع فى المجنى عليه والحال هذه كان للولى نصف الديه من تركه الجانى[1] لأنّ قطع اليد بدل عن نصف الديه، وقيل: لا يجب فى تركه الجانى شىء، لأنّ الديه لا تثبت فى العمد إلاّ صلحاً، ولو قطع يديه فاقتصّ ثمّ سرت جراحه المجنىّ عليه جاز لوليّه القصاص فى النفس.

الشَرح:

الجانى بالاقتصاص من النفس.

نعم، يجوز للمجنى عليه الاقتصاص من يده المقطوعه، ولا يجوز لولى الدم الممانعه عنه، فإنّ للمجنى عليه حقّ الاقتصاص من يده المقطوعه مستقلاً كاستقلال ولى الدم فى الاقتصاص من النفس.

وبالجمله، ما يظهر من عباره الماتن من تعيّن الجمع بين الحقّين حتّى فيما إذا قتل واحداً ثمّ قطع يد شخص آخر بمعنى أنّه لا يجوز لولى الدم الاقتصاص من النفس أوّلاً لا يمكن المساعده عليه، وإلاّ كان اللازم أن لا يجوز له الاقتصاص إذا كان المجنى عليه قاصراً أو غائباً. وعلى كلّ، فإنّ اقتصّ الولىّ من الجانى قصاص النفس ففى رجوع المقطوع يده إلى ديه يده المقطوع من تركه الجانى كلام تقدّم فى قتل الواحد اثنين واقتصّ أحد الوليين من غير تراض من الولى الآخر.

[1] إذا قطع شخص يد الآخر عمداً وقتل رجلاً آخر، قطعت يده اقتصاصاً من قطعها وقتله ولىّ الآخر قصاصاً من النفس.

ولو سرى جراحه المجنى عليه بقطع يده ومات، ففى المسأله أقوال:

أحدهما: ما اختاره الماتن قدس سره من أنّه يأخذ أولياء المقتول بالسرايه نصف الديه من تركه الجانى، حيث انّ الاقتصاص من الجانى بقطع يده بدل نصف الديه، فيكون عليه فى تركته نصف الديه، وقيل لا يكون على الجانى فى تركته شىء، لأنّ الثابت فى مورد

ولو قطع يهودى يد مسلم فاقتصّ المسلم ثمّ سرت جراحه المسلم كان للولى قتل الذمّى[1] ولو طالب بالديه كان له ديه المسلم لا ديه يد الذمّى وهى أربعمائه درهم، وكذا لو قطعت المرأه يد رجل فاقتصّ ثمّ سرت جراحته كان للولى القصاص، ولو طالب بالديه كان له ثلاثه أرباعها، ولو قطعت يديه ورجليه فاقتصّ ثمّ سرت جراحاته كان لوليّه القصاص فى النفس، وليس له الديه، لأنّه استوفى ما يقوم مقام الديه، وفى هذا كلّه تردّد، لأنّ للنفس ديه على انفرادها وما استوفاه وقع قصاصاً.

الشَرح:

الجنايه عمداً القصاص، والديه تثبت بالتراضى، وحيث انّه فات مورد القصاص بقتل الجانى من ولىّ المقتول الآخر، لم يبق على الجانى شىء.

ولكن لا يخفى انّ هذا لقول يتمّ إذا قيل بأنّ سرايه الجراحه الوارده عمداً يوجب قصاص النفس مطلقاً، ولو كانت السرايه اتفاقيه ولم يقصد الجانى القتل بجنايته، وأمّا بناءً على ما تقدّم من أنّ القصاص من النفس على الجانى يثبت فى مورد غالبيه السرايه أو قصده القتل فالثابت فى الفرض تمام الديه على الجانى، فيخرج من تركته وقطع يده أوّلاً قصاص من جنايته العمديه وليس بدلاً عن نصف الديه، فيتعيّن فى المقام القول الثالث، وهو ثبوت الديه الكامله على الجانى فى تركته كما اختاره العلامه فى القواعد ووجهّه فى المسالک بل نسبه فى كشف اللّثام إلى المشهور.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا قطع الجانى يدى آخر واقتصّ منه بقطع يديه، ثمّ سرت جراحه المجنى عليه ومات، فإنّه إذا كان الجانى قاصداً القتل أو كان الجراحه ساريه عادةً، يتعلّق عليه القصاص بالنفس والاقتصاص بقطع يديه، مع عدم حصوله وان يدخل فى قصاص النفس ولكن مع حصوله أوّلاً غير مضمونه، وإن لم تكن ساريه فى الغالب ولم يقصد بها القتل يتعلّق على الجانى ديه النفس، واللّه العالم.

[1] المحكى عن الشيخ قدس سره أنّه لو قطع ذمى يد المسلم فاقتصّ المسلم منه بقطع

....

الشَرح:

يد الذمى ثمّ سرت جراحه المسلم ومات، يجوز لولىّ المسلم قتل الذمّى قصاصاً من النفس وأنّه يجوز للولى مطالبه الذمّى الجانى بديه النفس، يعنى ديه نفس المسلم، ولكن يستثنى من ديه نفسه مقدار ديه يد الذمى التى هى أربعمائه درهم نصف ديه نفس الذمى وديته ثمانمائه درهم على ما تقدّم.

وقال أيضاً: بأنّ الحال كذلک لو قطعت امرأه يد رجل مسلم قطع المسلم يدها قصاصاً ثمّ سرت جراحه الرجل المسلم فمات، فإنّ لولىّ الرجل المسلم قتل المرأه قصاصاً من النفس ويجوز له مطالبتها بديّه نفس الرجل ويكون له ثلاث أرباع ديه النفس ينقص ديه يد المرأه الجانيه التى نصف ديه نفس المرأه ويظهر من ذلک أنّه لو قطعت يدى الرجل ورجليه فاقتصّ المجنى عليه منها بقطع يديها ورجليها ثمّ مات الرجل المجنى عليه بالسرايه كان لوليّه القصاص من المرأه نفساً، وليس للولى مطالبتها بالديه، لأنّه استوفى تمام ما يقوم مقام الديه. وكذا الحال إذا قطع رجل يدى رجل آخر فاقتصّ المجنى عليه من الجانى بقطع يديه ثمّ مات المجنى عليه بالسرايه، فإنّ لوليّه القصاص من الجانى نفساً، ولكن ليس له مطالبه الديه، لأنّ بدل الديه استوفى بقطع يديه أوّلاً.

وقال قدس سره فى آخر كلامه: أنّه ليس فى البين قتل يوجب القصاص ويعفى عنه فى مقابل المال إلاّ هذه المسأله. وذكر الماتن قدس سره انّ ما ذكره الشيخ كلّه فى المقام غير ثابت، لأنّ السرايه جنايه قتل النفس أى جنايه أخرى موجبه للقصاص ولها ديه النفس، وما استوفى المجنى عليه عن جنايه سابقه غير مضمونه على المقتصّ المجنى عليه، فلا يقام ذلک الاقتصاص لا مقام بعض ديه النفس ولا فى مقام تمامها.

العاشره: إذا هلک قاتل العمد سقط القصاص، وهل تسقط الديه[1] قال فی المبسوط: نعم، وتردّد فی الخلاف، وفی روايه أبی بصير: إذا هرب ولم يقدر عليه حتّی مات أخذت من ماله وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب.

الشَرح:

أقول: فی كلام الشيخ قدس سره موارد للنظر، فإنّه لو قطع الذمی يد المسلم فاقتصّ من الذمی ثمّ مات المسلم بالسرايه، فإن قلنا بأنّ السرايه فی الجروح يحسب قتلاً عمدياً فاللازم أن يدفع الذمی وأمواله إلی أولياء المقتول، فإن شاؤوا قتلوه وتملّكوا أمواله، وإن شاؤوا استرقّوه، فأخذ ديه المسلم منه إلاّ مقدار ديه يده المقطوعه، أی أربعمائه درهم، لا يناسب الحكم، وإن حسب السرايه قتلاً شبه عمد كما ذكرنا فيؤخذ تمام ديه المسلم وقطع يده من قبل اقتصاصاً لا يترتبط بديه النفس الثابته بالموت، فإنّ الموت جنايه أخری غير عمديه.

وأيضاً ما ذكره ولو طالب بالديه يكون له ديه المسلم إلاّ ديه الذمی، لو كان نقص الديه لضمان المجنی عليه قطع يده لوقوعه فی غير محلّه مع السرايه فاللازم دفع ديه يده إذا أراد ولیّ المسلم الاقتصاص من النفس.

وكذا فيما ظاهر كلامه انّ الولی مخيّر فی هذه الموارد بين القصاص ومطالبه الديه، فإنّه فی موارد ثبوت القصاص للولی تكون مطالبه الديه بالتراضی لا بالقهر، ومع التراضی علی الدّيه يكون المقدار الناقص عن الدّيه أو الزايد عنه تابعاً للتراضی لا بالقهر، وعلی كلّ حال فقد ظهر مما ذكرنا سابقاً انّ مجرّد السرايه لا تحسب قتلاً عمديّاً بل يكون الموت معها من قتل شبه العمد وتثبت ديه النفس.

[1] يستدلّ علی ثبوت الديه بما دلّ من قولهم عليهم السلام «لا يبطل دم امرء مسلم». وبما دلّ علی ثبوت الديه فيمن قطع يد الأخر وليس له يد، وبروايه أبی بصير قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه، قال: إن كان

الحاديه عشره: لو اقتصّ من قاطع اليد ثمّ مات المجنى عليه بالسرايه ثمّ الجانى وقع القصاص بالسرايه موقعه[1]، وكذا لو قطع يده ثمّ قتله فقطع الولى يد الجانى ثمّ سرت إلى نفسه، أمّا لو سرى القطع إلى الجانى أوّلاً ثمّ سرى قطع المجنى عليه لم يقع سرايه الجانى قصاصاً لأنّها حاصله قبل سرايه المجنى عليه فكانت هدراً.

الشَرح:

له مات أخذت الديه من ماله وإلاّ فمن الأقرب والأقرب، وإن لم يكن له قرابه أدّاه الإمام عليه السلام فإنّه لا يبطل دم امرء مسلم»(1).

وصحيحه ابن أبى نصر عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات قال: إن كان له مال أخذ منه وإلاّ أخذ من الأقرب فالأقرب(2).

وقد يناقش بأنّ ما ورد فى عدم بطلان دم أمرء مسلم لا يدلّ على ثبوت الديه فى تركه الجانى، وروايه أبى بصير وارده فى هرب الجانى حيث يحتمل أنّ أخذه من ماله عقوبه على فراره وما فى ذيلها من التعليل ناظر إلى أداء الإمام لا على كونها فى مال الجانى، والأخذ من العاقله وروايه البزنطى خاليه عن التعليل.

[1] ذكر جماعه أنّه لو اقتصّ المجنى عليه من قاطع يده ثمّ مات المجنى عليه بالسرايه ثمّ مات الجانى أيضاً بسرايه جراحه قطع يده وقع موته بالسرايه موضع الاقصاص فى النفس فلا يكون فى تركته ديه لأولياء المجنى عليه حتّى بناءً على الانتقال إلى الديه من تركه الجانى مع عدم إمكان الاقتصاص لموته، بل ذكر عدم الخلاف فى ذلک.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 1: 302.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 3: 303.

....

الشَرح:

وأمّا إذا مات الجانى أوّلاً ثمّ مات المجنى عليه بالسرايه يكون المورد من موارد انتفاء موضع القصاص ويجيى ء فيه احتمال رجوع أولياء المجنى عليه فى ديته من تركه الجانى، لأنّه فى الفرض لا يكون موت الجاى قصاصاً بل يكون هدراً، فإنّه يتعلّق حقّ القصاص لأولياء المجنى عليه بعد موته.

أقول: الظاهر عدم الفرق بين الصورتين، فإنّ موت الجانى بالسرايه بعد موت المجنى عليه لا يعدّ قصاصاً من نفس المجنى عليه، فإنّ القصاص من نفس المجنى عليه يثبت لأولياء المجنى عليه لا للمجنى عليه، وسرايه جراحه الجانى غير مضمونه على المجنى عليه ليكون فى البين تهاتر.

والمتعيّن فى المقام أن يقال: إن كان قصد كلّ من الجانى والمجنى من القطع القتل أو كانت الجراحتان مما يقتل عادةً لا يبقى مع موتهما مورد الاقتصاص ويقع التهاتر فى مطالبه الديه بناءً على وصول النوبه إلى الديه مع فوت مورد القصاص، وأمّا إذا لم يكن قصدهما القتل ولم تكن الجراحه مما تقتل عادةً تثبت فى مال الجانى الديه بلا فرق بين موته أوّلاً بالسرايه أو موت المجنى عليه كذلک، لأنّ سرايه جراحته غير مضمونهٍ على المجنى عليه بخلاف موت المجنى عليه بسرايه جراحته فإنّها مضمونه على الجانى، فإنّ السرايه فى الحدود والقصاص هدر.

ودعوى أنّ أولياء المجنى عليه يرجعون إلى نصف الديه، لأنّ النصف الآخر استوفى ببدله بقطع المجنى عليه يد الجانى، لا يمكن المساعده عليها، لأنّ القطع لا يكون استيفاءً من ديه النفس. نعم بناءً على أنّ الديه لا تثبت بفوت مورد القصاص، فلا يكون لأولياء المجنى عليه أيضاً ديه فى مال الجانى إذا كان قصد الجانى القتل أو

الثانيه عشر: لو قطع يد إنسان فعفا المقطوع[1]، ثمّ قتله القاطع، فللولى القصاص فى النفس بعد ردّ ديه اليد، وكذا لو قتل مقطوع اليد قتل بعد أن يرد عليه ديه يده إن كان المجنى عليه أخذ ديتها أو قطعت فى قصاص ولو كانت قطعت من

الشَرح:

كانت حراحته قاتلةً.

[1] ظاهره كون المراد ما إذا قطع الجانى يد الآخر عمداً فعفى المجنى عليه الجانى عن جنايته التى هى قطع اليد، ثمّ قتل الجانى المجنى عليه عمداً، يثبت لأولياء المجنى عليه الاقتصاص من الجانى فى النفس بعد ردّ ديه اليد عليه، وقد تقدّم أنّ الجنايه على المجنى عليه بقتله جنايه أخرى غير الجنايه التى بقطع يده أوّلاً، ومقتضى القاعده أن يكون للأولياء القصاص فى النفس من الجانى من غير ردّ ديه اليد، حيث انّ القصاص من اليد لا يدخل فى القصاص من النفس إذا كان كلّ منهما بجنايه مستقلّه، ولكن المحكى عن المشهور على ما قيل الالتزام بما ذكره الماتن قدس سره مستنداً إلى روايه سوره بن كليب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سئل عن رجل قتل رجلاً عمداً وكان المقتول أقطع اليد اليمنى فقال: إن كانت قطعت يده فى جنايه جناها على نفسه أو كان قطع فأخذ ديه يده من الذى قطعها فإن أراد أولياؤه أن يقتلوا قاتله أدّوا إلى أولياء قاتله ديه يده الذى قيد منها إن كان أخذ ديه يده ويقتلوه، وإن شاؤوا طرحوا عنه ديه يد وأخذوا الباقى، قال: وإن كانت يده قطعت فى غير جنايه جناها على نفسه ولا أخذ لها ديه قتلوا قاتله، ولا يغرم شيئاً، وإن شاؤوا أخذوا ديه كامله، قال: وهكذا وجدنا فى كتاب على عليه السلام (1).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 50 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 82.

غير جنايه ولا أخذ لها ديه قتل القاتل من غير ردّ وهى روايه سوره بن كليب عن أبى عبداللّه عليه السلام وكذا لو قطع كفّاً بغير أصابع قطعت كفّه بعد ردّ ديه الأصابع[1].

الشَرح:

وهذه الروايه وإن تشتمل ما إذا كان قاطع يد المقتول قاتله، ولكنها لا تقتضى ردّ الديه فى صوره عفو المقطوع عن جنايته مطلقاً، فإنّ ظاهر أخذ الديه استيفائها، ففى فرض كون قطع اليد اقتصاصاً من الجنايه أو أخذ الديه على يده المقطوعه يتعلّق على قاتله الاقتصاص فى النفس بعد ردّ ديه اليد عليه، ولكن سوره بن كليب لم يثبت له توثيق والمدح المنقول فى حقّه ضعيف سنداً، فرفع اليد عن القاعده بها لا يخلو عن التأمّل والإشكال.

ومما ذكر يظهر الحال فيما ذكر الماتن قدس سره وكذا لو قتل مقطوع اليد بعد أن يرد عليه ديه اليد إن كان المجنى عليه أخذ ديّتها أو قطعت فى قصاص ولو كانت قطعت فى غير جنايه ولا أخذ لها ديه قتل.

ومما ذكر يظهر الحال فيما إذا قطع الكفّ ممّن قطع أصابعه فى جنايه أو أخذ الديه عليها.

[1] والمستند فى ذلک روايه الحسن بن العباس عن الجريش عن أبى جعفر الثانى قال: «قال أبو جعفر الأول لعبداللّه بن عباس: يابن عباس انشدک اللّه هل فى حكم اللّه اختلاف؟ قال فقال: لا ، قال: فما تقول فى رجل قطع رجل أصابعه بالسيف حتّى سقطت فذهبت، وأتى رجل آخر فأطار كفّ يده فأتى به إليک وأنت قاض كيف أنت صانع؟ قال: أقول لهذا القاطع: أعطه ديه كفّه، وأقول لهذا المقطوع: صالحه على ما شئت، وابعث إليهما ذوى عدل. فقال له: قد جاء الاختلاف فى حكم اللّه ونقضت القول الأول، أبى اللّه أن يحدث فى خلقه شيئاً من الحدود وليس تفسيره فى

ولو ضرب[1] ولى الدم الجانى قصاصاً وتركه ظنّاً أنّه قتله وكان به رمق فعالج نفسه وبرى ء لم يكن للولى القصاص فى النفس حتّى يقتصّ منه بالجراحه أوّلاً الشَرح:

الأرض، اقطع يد قاطع الكفّ أصلاً ثمّ اعطه ديه الأصابع هذا حكم اللّه»(1).

وفى السند ضعف بسهل بن زياد والحسن بن العباس ومقتضى القاعده ثبوت القصاص فى قطع الكفّ من غير ردّ الديه بلا فرق بين أخذ المقطوع ديه أصابعه أو اقتصّ منها أم لا ، ولذا لو كان قاطع الكفّ قاطعاً للأصابع أوّلاً ثمّ قطع كفّه كان للمجنى عليه العفو عن الجنايه على الأصابع والاقتصاص من الجنايه بقطع كفّه من غير ردّ الديه.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا ضرب ولىّ المقتول ظلماً القاتل حتّى تركه اعتقاداً أنّه قتل ولكن كان فى الجانى رمق فعالج نفسه وبرأ لم يكن للولىّ المزبور قتله ثانياً حتّى يقتصّ الجانى منه بالجراحه التى أوقعها عليه أوّلاً.

ويدلّ على ذلک مرسله أبان بن عثمان أخبره عن أحدهما عليه السلام قال: «أتى عمر بن الخطاب برجل قد قتل أخا رجل فدفعه إليه وأمره بقتله، فضربه الرجل حتى رأى أنّه قد قتله، فحمل إلى منزله فوجدوا به رمقاً فعالجوه فبرء فلما خرج أخذه أخو المقتول الأول فقال أنت قاتل أخى، ولى أن أقتلک، فقال: فقد قتلتنى مرّه، فانطلق به إلى عمر فأمر بقتله، فخرج وهو يقول: واللّه قتلتنى مرّه، فمرّوا على أمير المؤمنين عليه السلام فأخبره خبره فقال: لا تعجل حتّى أخرج إليک، فدخل على عمر فقال: ليس الحكم فيه هكذا فقال: ما هو يا أبا الحسن؟ فقال: يقتصّ هذا من أخى المقتول الأول ما صنع به أوّلاً ثمّ يقتله بأخيه، فنظر الرجل أنّه إن اقتصّ من أتى على نفسه فعفا عنه وتتاركا»(2).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب القصا فى الطرف، الحديث 1: 129.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 61 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 94.

وهذه روايه أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أحدهما عليهماالسلام وفى أبان ضعف مع إرساله السند، والأقرب أنّه إن ضربه الولى بما ليس له الاقتصاص به اقتصّ منه وإلاّ كان له قتله، كما لو ظنّ أنّه أبان عنقه ثمّ تبين خلاف ظنّه بعد انصلاحه فهذا له قتله ولا يقتصّ من الولى، لأنّه فعل سائغ.

الشَرح:

وهذه الرايه مع إرسالها لم يقيّد بصوره ما ليس الاقتصاص به، بل إطلاقها يقتضى عدم الفرق بين الصورتين مع أنّ أخذ القصاص من الولى المفروض أنّه قصد القتل كان استيفاءً لحقّه لا ينطبق على القواعد.

والأظهر أنّه إذا كان ضرب الولى بما ليس له الاقتصاص به فليس له القصاص من الجانى إلاّ بعد اقتصاص الجانى من الجراحه التى أوردها عليه أوّلاً، فإنّ الجراحه المزبوره لم تكن قتلاً ليقال أنّه تعدّى فى كيفيه استيفاء حقّه فيستحقّ التعزير، كما تقدّم فى تعدّى الولى فى كيفيه الاقتصاص من الجانى. وأمّا إذا كان ضربه بما له الاقتصاص به فله الاقتصاص من الجانى ثانياً بقتله، غايه الأمر جنايته على الجانى أوّلاً جنايه خطأ يكون عليه الديه أو الارش.

* * *

الموجب

ويشترط فى جواز الاقتصاص

وموجبه الجنايه بما يتلف العضو غالباً أو الإتلاف بما قد يتلف لا غالباً مع قصد الاتلاف[1]، ويشترط فى جواز الاقتصاص التساوى فى الإسلام والحرّيّه، أو يكون المجنى عليه أكمل فيقتصّ للرجل من المرأه ولا يؤخذ الفضل، ويقتصّ لها منه بعد ردّ التفاوت فى النفس أو الطرف، ويقتصّ للذمى من الذمى ولا يقتصّ له من مسلم، وللحرّ من العبد، ولا يقتص للعبد من الحرّ، كما لا يقتصّ له فى النفس.

الشَرح:

[1] المراد من الطرف: العضو، سواء كان العضو من الأعضاء المعروفه من أجزاء الجسد، كاليد والرجل والأنف ونحوها، أم لا ، كالجرح فى الظهر والبطن. وقد تقدّم أنّ الموجب للقصاص هى الجنايه عمداً، ويكون الجنايه العمدى فى الطرف بما يتلف العضو غالباً، أو يتلف العضو اتفاقاً، ولكن كان بقصد اتلافه، وقد ذكر سبحانه فى قوله «وكتبنا عليهم فيها أنّ النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسنّ والجروح قصاص» الآيه (1).

وقد وردت الروايات فى القصاص من الطرف والجروح، ويأتى التعرّض لها فى المباحث الآتيه.

وقد ورد فى صحيحه إسحاق بن عمّار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.

....

الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام فيما كان من جراحات الجسد أنّ فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاها»(1)، ومثلها صحيحه الثانيه(2).

وبالجمله القصاص في الطرف يثبت مع الجنايه عليه عمداً، وأمّا إذا كان من شبه العمد أو الخطأ المحض فيثبت الديه على ما مرّ فى الجنايه على النفس.

وكما يعتبر بعض الأمور فى القصاص فى النفس من التساوى فى الإسلام والحرّيه أو كان المجنى عليه مسلماً أو حرّاً وهو المراد بقول الماتن «أو يكون المجنى عليه أكمل» فكذلک يثبت ذلک فى القصاص فى الطرف.

وأمّا اشتراط التساوى فى الدّين بمعنى أنّه إن جنى الذمّى ونحوه على المسلم يقتصّ منه، وأمّا إذا جرح المسلم الذمّى ونحوه لا يقتصّ من المسلم فيدلّ عليه فى الجنايه على الأطراف صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لا يقاد مسلم بذمّى فى القتل ولا فى الجراحات، ولكن يؤخذ من المسلم جنايته للذمّى على قدر ديه الذمى ثمانمائه درهم»(3).

ولكن فى صحيحه أبى بصير قال: «سألته عن ذمّى قطع يد مسلم، قال: تقطع يده إن شاء أوليائه ويأخذون فضل ما بين الديتين، وإن قطع المسلم يد المعاهد خيّر أولياء المعاهد فإن شاؤوا أخذوا ديه يده وإن شاؤوا قطعوا يد المسلم وأدّوا إليه فضل ما بين الديتين، وإذا قتله المسلم صنع كذلک»(4). ولكنّ الروايه مضمره ومضمونها مما

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 3: 132.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 5: 133.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 8 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 127.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 22 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 138.

. ...

الشَرح:

لا يمكن الأخذ به، فإنّ أمر القصاص فى الطرف بيد المجنى عليه لا أوليائه سواء كانت على مسلم أو على ذمّى، مع أنّ المسلم إذا اقتصّ من الذمى بقطع يده لا يكون له فضل ما بين الديتين، كما هو الحال فى الاقتصاص من الذمّى فى النفس.

وعن بعض الأصحاب حملها على صوره الاعتياد.

وفيه مع أنّه شاهد للحمل المزبور، ففى تلك الصوره أيضاً لا يكون الأمر بيد الأولياء.

وأمّا التساوى فى الحرّيه بمعنى أنّه يقتصّ من العبد بالحرّ فى الجنايه على الطرف ولا يقتصّ من الحرّ بجنايته على العبد فى الطرف كما فى الجنايه على النفس فيدلّ عليه صحيحه الفضيل بن يسار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى عبد جرح حرّاً فقال: إن شاء الحر اقتصّ منه، وإن شاء أخذه إن كانت الجنايه تحيط برقبته، وإن كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه، فإن أبى مولاه أن يفتديه كان للحرّ المجروح من العبد بقدر ديه جراحه والباقى للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقّه ويردّ الباقى على المولى»(1).

نعم، وان يتعيّن القصاص فى مورد الجنايه عمداً ومطالبه غيره يتوقّف على التراضى إلاّ أنّه يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على تعيّن القصاص فى مورد جنايه العبد على الحرّ كما هو ظاهر الصحيحه.

ولا يقتصّ من الحرّ بالعبد بلا خلاف من غير فرق بين القصاص فى النفس والطرف، كما يدلّ على ذلک ما فى صحيحه أبى ولاّد الحنّاط عن أبى عبداللّه عليه السلام . . . «ولا تقاص بين المكاتب وبين العبد إذا كان المكاتب قد أدّى من مكاتبته شيئاً، فإن لم

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 3 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 124.

....

الشَرح:

يكن أدّى من مكاتبه شيئاً فإنّه يقاص العبد به أو يغرّم المولى كلّ ما جنى المكاتب، لأنّه عبده ما لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً»(1)، فإنّه إذا تحرّر بعض العبد لم بجز الاقتصاص منه للعبد، ففى الحرّ المطلق يكون بالأولويه.

ويمكن الاستدلال على ذلک بما ورد فى معتبره السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام قال: «ليس بين العبيد والأحرار قصاص فيما دون النفس» (2)، وفى روايه مسمع بن عبدالملک عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه «يقاص من أمّ الولد للمماليک ولا قصاص بين الحرّ والعبد»(3).

ثمّ أنّه كما يكون لأولياء المرأه المقتوله الاقتصاص لها فى النفس من الرجل القاتل ولكن بعد ردّ نصف الديه ولأولياء الرجل المقتول القصاص له من المرأه القاتله من غير أخذ الفضل كذلک الحال فى القصاص فى الطرف، فيقتصّ الرجل المجنى عليه من المرأه الجانيه فى الطرف من غير أخذ الفضل وتقتصّ المرأه المجنى عليها من الرجل الجانى فى الطرف ولكن بعد ردّ نصف الديه عليه.

ويشهد لذلک - مع أنّ الحكم متسالم عليه عن الأصحاب صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل فقأ عين امرأه فقال: إن شاؤوا أن يفقؤا عينه ويؤدّوا إليه ربع الديه وإن شائت أن تأخذ ربع الديه، وقال فى امرأه فقأت عين رجل أنّه إن شاء فقأ عينها وإلاّ أخذ ديه عينه»(4)، مضافاً إلى ما تقدّم من الروايات الدالّه على انّ الجانى لا يجنى

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 46 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 78.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 22 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 3: 139.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 43 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 76.

4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 2 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 124.

....

الشَرح:

أكثر من نفسه.

نعم بما أنّ المرأه تعادل الرجل فى الديه إلى أن يبلغ الثلث أو جاوز الثلث لا يكون فى اقتصاص المرأه المجنى عليها عن الرجل الجانى ردّ الديه ما لم يبلغ ديه الجراحه الثلث أو ما لم يتجاوز الثلث.

وفى صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جراحات الرجال والنساء سواء، سنّ المرأه بسنّ الرجل، وموضحه المرأه بموضحه الرجل، واصبع المرأه باصبع الرجل، حتّى تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعفّت ديه الرجل على ديه المرأه»(1).

ونحوها صحيحه جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن المرأه بينها وبين الرجل قصاص، قال: «نعم فى الجراحات حتّى تبلغ الثلث سواء، فإذا بلغت الثلث سواء ارتفع الرجل وسفلت المرأه»(2).

وفى صحيحه الحلبى قال: «سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن جراحات الرجال والنساء فى الديات والقصاص السنّ بالسنّ والشجّه بالشجّه والاصبع بالاصبع سواء حتّى تبلغ الجراحات ثلث الديه فإذا جازت الثلث صيرّت ديه الرجال فى الجراحات ثلثى الديه وديه النساء ثلث الديه»(3).

وفى مقابل كلّ ذلک موثقه زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام قال: «ليس بين

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 122.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 3: 122.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 6: 123.

وللتساوى فى السلامه، فلا تقطع اليد الصحيحه بالشلاّء ولو بذلها الجانى، وتقطع الشلاّء بالصحيحه[1].

الشَرح:

الرجال والنساء قصاص إلاّ فى النفس»(1)، وقد حمل هذه الموثقه على عدم التساوى فى القصاص وعدم ثبوت القصاص من غير ردّ.

ولكن هذا الحمل لا يناسب الاستثناء، فإنّ فى الاقتصاص فى النفس أيضاً لا يجوز الاقتصاص لأولياء المرأه من الرجل من غير ردّ.

والظاهر أنّ الروايه شاذّه لا عامل بها، ومع الاغماض يؤخذ بالروايات المتقدّمه لموافقتها لظاهر الكتاب «انّ النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسنّ والجروح قصاص»(2).

ثمّ انّ الوارد فى الروايات المساواه فى القصاص حتّى يبلغ ثلث الديه، يعنى ديه النفس، ولكن فى معتبره ابن ابى يعفور قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قطع اصبع امرأه قال: تقطع اصبعه حتّى تنتهى إلى ثلث المرأه فإذا جاز الثلث أضعف الرجل»(3)، وظاهرها اختصاص القصاص من غير ردّ بصوره تجاوز الثلث، ولكن لابدّ مع اختلاف بين الطائفتين فى هذه الجهه الرجوع إلى ما دلّ على أنّ ديه المرأه نصف ديه الرجل، فيتعيّن الردّ فيما إذا بلغ الثلث، وإن لم يتجاوز.

[1] المراد أنّه يعتبر فى ثبوت قصاص العضو أن يكون العضو من المجنى عليه مساوياً للعضو من الجانى إذا أراد المجنى عليه القصاص دون العكس، فيلزم على ذلك أنّه لو قطع الجانى اليد الشلاء من الآخر عمداً لا يجوز للمجنى عليه أن يقتصّ من

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 7: 124.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 1 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 4: 123.

....

الشَرح:

الجانى بقطع يده الصحيحه، بل ينتقل الأمر إلى أخذ الديه بخلاف ما إذا قطع الشلاء اليد الصحيحه من الآخر، فإنّه يجوز للأخر قطع اليد الشلاء من الجانى.

وقد ذكر فى الجواهر(1) اعتبار المماثله كذلک فى الشلل والمحلّ والاصاله والزياده ونفى عنه الخلاف وقال عدم جواز قطع اليد الصحيحه باليد الشلاء مفروغ منه عندهم.

ويستدلّ على ذلک بروايه سليمان بن خالد عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى رجل قطع يد شلاء قال: عليه ثلث الديه» (2) بدعوى انّ اطلاقها يعمّ ما إذا كان قطعها عمديّاً أم لا ، ومقتضى ثبوت ثلث الديه فى الصورتين عدم مشروعيّه القصاص، وعليه فلو بذل الجانى اليد الصحيحه للاقتصاص لم يجز للمجنى عليه الاقتصاص، بل له أخذ ديه يده الشلاّء.

ويضاف إلى ذلک قوله سبحانه «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم»(3) بناءً على كون المراد المماثله فى المعتدى به.

ولكن قد يناقش فى الحكم بضعف الروايه سنداً، فإنّ من رجال السند حماد بن زيد (زياد) ولم يثبت له توثيق، ولا أنّه من المعاريف الذين لم يرد فيهم قدح، وروايه ابن محبوب لا يفيد شيئاً، مضافاً إلى إطلاق قوله سبحانه«الجروح قصاص»(4)، والنسبه

1- (1) جواهر الكلام: 42/348.
2- (2)الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 1: 253.
3- (3) سوره البقره: الآيه 194.
4- (4) سوره المائده: الآيه 45.

....

الشَرح:

بين الآيه والروايه وإن كانت العموم من وجه لشمول الجروح فى الآيه إلى غير قطع اليد وشمول الروايه لصوره قطع اليد الشلاّء خطأ، إلاّ أنّه لا اعتبار لاطلاق الروايه عند المعارضه مع اطلاق الآيه وقوله سبحانه «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(1) وقوله «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم»(2) ظاهرهما المماثله فى أصل الاعتداء والعقاب، بحيث يصدق عليه القصاص لا الاعتداء والظلم.

وقد يستدلّ على الحكم بروايه الحسن بن صالح، قال: «سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن عبد قطع يد رجل حرّ وله ثلاث أصابع من يده شلل، فقال: وما قيمه العبد؟ قلت: اجعلها ما شئت، قال: إن كان قيمه العبد أكثر من ديه الاصبعين الصحيحتين والثلاث الاصابع الشلل ردّ الذى قطعت يده على مولى العبد ما فضل من القيمه وأخذ العبد، وإن شاء أخذ قيمه الاصبعين الصحيحتين والثلاث الأصابع الشلل، قلت: وكم قيمه الاصبعين الصحيحتين مع الكفّ والثلاث أصابع الشلل قال: قيمه الاصبعين الصحيحتين مع الكف ألفا درهمٍ وقيمه الثلاث اصابع الشلّل مع الكف الف درهم لانها على الثلث من ديه «وان كانت الصحاح» قال قيمه العبد أقلّ من ديه الاصبعين الصحيحتين والثلاث الأصابع الشلل دفع العبد إلى الذى قطعت يده أو يفتديه مولاه ويأخذ العبد»(3). ووجه الاستدلال أنّ مقتضاها عدم جواز قطع يد العبد قصاصاً ويتعيّن أخذ العبد أو ديه جنايته.

ولكن مضافاً إلى ضعف سنده يجرى فيه ما تقدّم فى روايه سليمان بن خالد من كونهاناظره إلى بيان الديه إذا كان يد المجنى عليه شلاّء أو بعض أصابعه كذلک، وليست

1- (1) سوره البقره: الآيه 194.
2- (2) سوره النحل: الآيه 126.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 253.

إلاّ أن يحكم أهل الخبره أنها لا تنحسم[1] فيعدل إلى الديه تفصيّاً من خطر السرايه.

الشَرح:

فى مقام نفى القصاص إذا أراد المجنى عليه الاقتصاص من الجانى الذى يده شلاّء، وبالجمله الروايتان نظير صحيحه الحلبى الوارده فى بيان كميّه الديه فى قطع اليد الشلاّء لا نفى القصاص فى موردها إذا كان للجانى اليد الصحيحه عن أبى عبداللّه عليه السلام «فى الرجل يكسر ظهره قال: فيه الديه كامله، وفى العينين الديه، وفى أحدهما نصف الديه، وفى الأذنين الديه، وفى أحدهما نصف الديه، وفى الذكر إذا قطعت الحشفه وما فوق الديه، وفى الأنف إذ قطع المارن الديه، وفى الشفتين الديه»(1)، فإنّ بيان الديه فى الصحيحه مع ثبوت القصاص فى مثل قلع العين وفقأها لا ينافى ما ورد فيها من بيان كميه ديتها.

ثمّ انّ المراد بالشلل يبس اليد بحيث لا تعمل، وأن يكون لها حسّ أو حركه ضعيفه، وأمّا عدم سلامه اليد من ناحيه غير الشلل لا يوجب سقوط الاقتصاص كما هو مقتضى الاطلاق فى قوله تعالى «والجروح قصاص»(2)، فيقطع اليد القويّه اقتصاصاً من قطع صاحبها اليد الضعيفه من الآخر عمداً، واللّه العالم.

[1] المراد إحراز انّ القصاص من الجانى بقطع يده الشلاّء يوجب هلاكه لسرايته إلى نفسه، وحيث لا يجوز إتلاف نفس الجانى ينتقل الأمر إلى الديه على ما يستفاد مما ورد فى موارد متعدّده من أنّه مع المحذور فى القصاص ينتقل الأمر إلى الديه.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 1، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4: 215.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.

وتقطع اليمين باليمين[1] فإن لم يكن يمين قطعت بها يسراه ولو لم يكن يمين ولا يسار قطعت رجله استناداً إلى الروايه، وكذا لو قطع أيدى جماعه على التعاقب قطعت يداه ورجلاه بالأول فالأول وكان لمن يبقى الديه.

الشَرح:

[1] لأنّ مع وجود اليد المماثله من جهه الطرف يكون الجزاء بالمثل، الاقتصاص بالعضو المماثل فى الطرف، وهذا بخلاف ما لم يكن للجانى، المماثل فى الطرف، فإنّ الاقتصاص بغير المماثل فى الطرف يعدّ جزاءً بالمثل.

ويدلّ على ذلک ما ورد فى صحيحه محمد بن قيس قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام أعور فقأ عين صحيح فقال: تفقأ عينه، قال: قلت: يبقى أعمى، قال: الحقّ أعماه»(1). فإنّ الاطلاق فى الجواب يقتضى عدم الفرق بين أن يكون عينه الصحيحه التى تفقأ مماثلاً مع جنايته فى المحلّ وعدمه.

ويدلّ على ذلک أيضاً الصحيح عن حبيب السجستانى قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين، قال: «يا حبيب تقطع يمينه للذى قطع يمينه أوّلاً، وتقطع يساره للذى قطع يمينه أخيراً، لأنّه إنّما قطع يد الرجل الأخير ويمينه قصاص للرجل الأول، قال: فقلت: إنّ علياً كان يقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى؟ فقال: إنّما كان يفعل ذلک فى ما يجب من حقوق اللّه، فأمّا يا حبيب حقوق المسلمين فإنّه يؤخذ لهم حقوقهم فى القصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يد(يدان) والرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد، فقلت له: أو ما تجب عليه الديه وتترک له رجله؟ فقال: إنّما تجب عليه الديه إذا قطع يد رجل وليس للقاطع يد ولا رجلان فثمّ تجب عليه الديه، لأنّه له جارحه يقاس منها»(2).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 15 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 134.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 12 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2: 131.

ويعتبر التساوى بالمساحه فى الشجاج طولاً وعرضاً[1]، ولا يعتبر نزولاً بل الشَرح:

ولكن فى سند الروايه ضعف حيث لم يثبت لحبيب توثيق ولا مدح ولا أنّه من المعاريف الذين لم يرد فيهم قدح، بل فى مدلولها أيضاً كلام، فإنّ مقتضى ذيلها أنّه إذا لم يكن له رجل يقتصّ من ساير أعضائه التى لها نصف الديه، مع أنّه ذكر فيها مع عدم الرجل الانتقال إلى الديه ولو كان المراد بالمماثل المماثل عضواً فلا يكون الرجل عضواً مماثلاً لليد، ومقتضى ما تقدّم أنّه مع عدم اليد ينتقل الأمر إلى الديه.

ومما ورد فى صدر الروايه يظهر الحال فيما ذكر الماتن قدس سره : وكذا إذا قطع أيدى جماعه على التعاقب قطعت يداه ورجلاه على التعاقب بالأول فالأول وكان لمن يبقى الديه.

وحيث ذكرنا ضعف الروايه فمقتضى القاعده انّ لكلّ من قطع يمينه فله الاقتصاص من يمينه إذا لم يقتصّ غيره قبله بقطع يمينه نظير ما تقدّم فى قتل شخص عدّه أشخاص عمداً، وإذا اقتصّ غيره قبله من الجانى بقطع يمينه يقطع هو شماله وإذا لم يبق له يمين وشمال ينتقل الأمر إلى الديه بالإضافه إلى الباقين، واللّه العالم.

[1] هذا معروف بحسب كلمات الأصحاب ونفى عنه الخلاف بل يدعّى عليه التسالم بينهم فلا يقنع من الجراحه الواسطه وطولاً بالضيّقه ولا يقتصّ من الضيّقه بالواسعه. وصرّح غير واحد منهم عدم اعتبار التساوى فى العمق بل المعتبر أن يصدق على الجرح الذى يقع من المجنى عليه اقتصاصاً عنوان الجراحه التى اقتصّ منها بأن يصدق عليها عنوان الباضعه مثلاً فيما كانت جراحه الجانى باضعه.

وذكروا فى وجه ما ذكر بعد ثبوت القصاص فى الجروح كما دلّ عليه الكتاب المجيد والروايات اعتبار المماثله والعدل وعدم جواز الجور فى القصاص ومقتضاها اعتبار المساحه فى الجراحتين، وأمّا عدم اعتبارها فى العمق لاختلاف الرؤوس فى

يراعى حصول اسم الشجّه لتفاوت الرؤوس فى السّمن، ولا يثبت القصاص فيما

الشَرح:

السمن وعدمه فلابدّ من رعايه الأسم والعنوان الخاص المنطبق على جراحه المجنى عليه فى الحراحه التى تقع قصاصاً.

وعلى الجمله، الاختلاف فى الرؤوس من حيث السمن كالاختلاف فى الأطراف من حيث الصغر والكبر، وكما لا يعتبر المساحه فى الأطراف فيقطع اليد الكبير باليد الصغير كذلك يقع الجراحه التى أكثر عمقاً قصاصاً من الجراحه التى أقلّ منها عمقاً بحسب المساحه مع رعايه صدق الاسم والاختلاف كذلك لا يوجب عدم صدق الاقتصاص المماثل وعدم التعدى فيه.

أقول: لازم اعتبار التساوى بين الجراحتين فى المساحه فيما كان رأس المجنى عليه كبيراً ورأس الجانى صغيراً أن يجرح مثلاً تمام رأس الجانى طولاً أو عرضاً فيما كانت مساحه رأسه طولاً أو عرضاً بمقدار طول الجراحه التى حصلت فى رأس المجنى عليه طولاً أو عرضاً ولو كانت مساحتها بالإضافه إلى رأسه الكبير بالنصف حتّى صرّح بعضهم لو كانت مساحتها أكثر من مساحه طول رأس الجانى أو عرضه لا ينزل فى الاقتصاص فى وجه الجانى أو فقأه بل يقتصر على مساحه رأسه ويؤخذ فى الزايد الديه، مثلاً فى الباضعه إذا كانت الجراحه المقتصّ بها ثلثى مساحه جراحه المجنى عليه يأخذ المجنى عليه ثلث الديه.

ولكن يمكن المساعده على ما ذكروه، فإنّه كما يلاحظ الجراحه فى العمق بحسب كلّ رأس لاختلاف الرؤوس وصدق المماثله مع صدق الاسم كذلك فى الجراحه بحسب المساحه، فإنّه إذا كانت جراحه المجنى عليه بحسبها ثلثى رأسه طولاً يتعيّن أن يكون جراحه الجانى أيضاً ثلثى مساحه رأسه.

فيه تعزير[1] كالجائفه والمأمومه، وتثبت فى الحارصه والباضعه والسمحاق والموضحه وفى كلّ جرح لا تعزير فى أخذه وسلامه النفس معه غالبه، فلا يثبت فى الهاشمه ولا المنقّله ولا فى كسر شىء من العظام لتحقّق التعزير.

الشَرح:

[1] قد ذكروا أنّه لا يثبت القصاص فى الجراحه ونحوها، مما يكون تلف النفس أو تلف العضو فيه غالبياً، وعدم التعدّى فى الاقتصاص أمر نادر كما فى الهاشمه التى تهشم العظم أى تكسره، وإن لم يشتق حيث كون القصاص بحيث لا يتعدّى عن مقدار الجنايه أمر نادر، وكذا فى الجائفه، والمأمومه والمنقّله بل فى مطلق كسر العظام، ويدلّ على ذلک روايه غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «ليس فى عظم قصاص»(1).

ومقطوعه أبان انّ فى روايته: «الجائفه ما وقعت فى الجواب ليس لصاحبها قصاص إلاّ الحكومه والمنقّله تنقل منها العظام وليس فيها قصاص إلاّ الحكومه وفى المأمومه ثلث الديه ليس فيها قصاص إلاّ الحكومه»(2)، ونحوها روايه أبى حمزه(3).

وعلى الجمله، إنّما جعلت القصاص حفظاً لسلامه الناس والمحافظه على أمنهم بالتعدّى والجور عليهم وإذا استلزم القصاص التعدّى نوعاً فلا يثبت.

نعم، للمجنى عليه القصاص فى هذه الموارد بالأقلّ، حيث لا يكون فى الاقتصاص بالأقل تعزير ومطالبه الجانى بالأرش فى جنايته الزايده بالديه، وبتعبير آخر: إذا وقعت الجراحه عمداً كما هو المفروض فللمجنى عليه إذا كانت جراحته

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 24 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 140.
2- (2) الوشائل: ج 19، الباب 16 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 135.
3- (3) الوشائل: ج 19، الباب 16 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2: 135.

وهل يجوز الاقتصاص قبل الاندمال قال فى المبسوط: لا ، لما لا يؤمن من السرايه الموجبه لدخول الطرف فيها[1]، وقال فى الخلاف بالجواز مع استحباب الصبر، وهو أشبه.

الشَرح:

أكثر أن يقتصّ من الجانى بالأقل ويطالبه فى الأكثر الذي لا يقتصّ منه بالديه بحذف ديه الأقل، كما ذكر ذلک جمله من الأصحاب أخذاً بقوله سبحانه: «فى الجروح قصاص»(1)، مع رعايه عدم جواز الاقتصاص من الأكثر.

بقى أمر وهو أنّه قد ورد فى صحيحه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن السنّ والذراع يكسران عمداً لهما ارش أو قود؟ فقال: قود، قال قلت: فإن اضعفوا الديه؟ قال: إن أرضوه بما شاء فهو له»(2)، وهذه الصحيحه وإن تكن أخصّ بالإضافه إلى ما ورد «ليس فى كسر العظام قصاص» إلاّ أنّ إعراض الأصحاب عن العمل بها مع ملاحظه ما ذكرنا يوجب حملها على ما إذا كان الكسر بحيث تكون السنّ أو الذراع تالفاً بحيث لا يرجى سلامتهما وإلاّ فلا يمكن الأخذ بها.

[1] إذا جرح الآخر عمداً وأراد المجنى عليه القصاص من الجانى مع احتمال سرايه الجراجه إلى نفس المجنى عليه فهل يجوز له الاقتصاص من جرحه أو يلزم الصبر فإن برء أى لم تسر جراحته ثبت له قصاص من جراحته، وإن سرت ثبت لوليّه القصاص بالنفس مطلقاً كما عليه المشهور، أو فيما إذا كان قصد الجانى القتل أو كانت جراحته قاتله نوعاً والمشهور أنّه يجوز للمجنى عليه الاقتصاص قبل الاندمال بل يقال لم يعلم الخلاف إلاّ عن الشيخ فى المبسوط وربّما يقال عدم الخلاف فى المسأله، لأنّه قال فى المبسوط: والتأخير أحوط، لعلّه أراد الاستحباب نظير ما ذكر فى الخلاف.

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.
2- (2) الوشائل: ج 19، الباب 13 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 4: 133.

....

الشَرح:

كيف كان، فيستدلّ على ذلک بأنّ مقتضى قوله سبحانه «والجروح قصاص»(1) ثبوت حقّ القصاص بمجرّد تحقّق الجنايه الجرحيه واحتمال السرايه وتبدّله بالقصاص من النفس منفى بالأصل.

أقول: إذا كان قصد الجانى بجرحه قتله فسرت جراحته فمات فموته كاشف عن عدم ثبوت حقّ الاقتصاص من الجراحه للمجنى عليه، فإنّ قوله سبحانه «فمن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً»(2) حصر القصاص فى الاقتصاص بالنفس وثبوته لولى المقتول، ولا ينحصر مدلول الآيه بما إذا كان القتل آنيّاً مترتّباً على الجراحه فوراً، كما هو ظاهر.

وعلى ذلک، فإن أراد الولى الاقتصاص من الجانى فاللازم دفع ديه الجراحه التى أوردها المجنى عليه أنّه لم تكن جنايته إلاّ لقيام الحجه عنده بأنّ قصاص الجراحه حقّ له كما هو مقتضى الاستصحاب فى عدم السرايه.

وهذا بخلاف ما إذا لم يكن جراحته قاتله غالباً ولم يكن من قصد الجانى قتله ولكن اتفقت السرايه فإنّه ليس فى الفرض حق الاقتصاص للولى بل له أخذ ديه النفس من غير أن يرد على الجانى شيئاً من الديه، لأنّه كان فى الفرض حقّ القصاص للمجنى عليه عند حدوث الجنايه واقعاً وقد استوفاه.

ولكن ربّما يقال ينافى القصاص قبل الاندمال ما ورد فى روايه إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «لا يقضى فى شىء من الجراحات حتّى تبرأ»(3).

1- (1) سوره المائده: الآيه 45.
2- (2) سوره الاسراء: الآيه 33.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 42 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2: 211.

قطع عدّه من أعضائه فى الجراح

ولو قطع عدّه من أعضائه خطأً جاز أخذ دياتها ولو كانت أضعاف الديه[1]، وقيل يقتصر على ديه النفس حتى يندمل ثمّ يستوفى الباقى أو يسرى فيكون له ما أخذه وهو أولى، لأنّ ديه الطرف تدخل فى ديه النفس وفاقاً.

الشَرح:

وفيه انّ مدلولها عدم القضاء فيما كان لبرء الجراحه أثر، وأمّا إذا لم يكن كذلک بأن لم يكن لبرئها أثر فلا يعمّه.

وقد ذكرنا أنّ الأثر يختلف إذا كان الجراحه بحيث تكون قاتله أو كان قصد الجانى القتل فإنّه إذا حصل البرء يثبت القصاص للمجنى عليه وإذا لم يحصل بأن سرت ومات المجنى عليه ثبت القصاص لوليّه، ففى مثل ذلک يمكن أن يقال مقتضى الروايه وجوب الصبر وعدم اعتبار الاستصحاب وأمّا إذا لم يكن قصد الجانى القتل ولم تكن الجنايه قاتله فالاقتصاص من الجراحه حقّ ثابت للمجنى عليه سواء حصل البرء أم لا ، وما ذكر فى الجواهر(1) ظاهره أنّ حقّ الاقتصاص من الجراحه ثابت للمجنى عليه حتّى فى صوره علمه بالسرايه أخذاً بالعموم، غايه الأمر إذا لم يستوف المجنى عليه حتّى مات دخل فى القصاص من نفس الجانى لم يعلم له وجه صحيح، بل مقتضى ما تقدّم انحصار الحقّ فى الولى.

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا وقعت الجنايه فى عدّه أعضاء المجنى عليه خطأً بحيث يكون مجموع دياتها أكثر من ديه النفس جاز للمجنى عليه المطالبه بجميع دياتها وإن احتمل السرايه فإنّ جوازها مبنى على ما تقدّم من أنّ وقوع الجنايات موجبه لجواز المطالبه حيث انّ الأصل عدم السرايه حيث إنّ السرايه إلى النفس موجبه لدخولها فى ديه النفس، ولكن قد تقدّم أنّ مقتضى روايه إسحاق بن عمار عدم جواز المطالبه بها حيث لا يقضى فى شىء من الجراحات حتّى يبرء وأنّ مقتضاها إلغاء اعتبار

1- (1) جواهر الكلام: 42/358.

وكيفيه القصاص فى الجراح أن يقاس بخيط أو شبهه[1]

الشَرح:

الاستصحاب فى بقاء الجنايه.

نعم، قد يقال هذا بالإضافه إلى ما للبرء دخل فى الحكم وهو بالإضافه إلى الزايد من ديه النفس وأمّا بالإضافه إلى مقدار ديّتها فهو مما يستحقّ على الجانى على كلّ تقدير، فإنّ مدلولها عدم كون الحكم فصلاً وإنهاءً فى الجراحات قبل البرء فلابدّ فى القضاء أى أنهاء الحكم فى الجراحه من انتظار البرء، وعليه فإذا كان استحقاق مقدار ديه النفس قطعيّاً يؤخذ بها.

وفيه انّ ديه الأعضاء على تقدير عدم السرايه تدخل فى ملک المجنى عليه من حين الجنايه وديه النفس وإن يكن فى حكم التركه إلاّ أنّها تدخل فى ملكه حين موته فتملک المجنى عليه مقدار ديه النفس حين الجنايه عليه ليس أمراً قطعيّاً بناءً على ما ذكرنا من كون موته كاشفاً عن كون الديه ديه النفس، وعلى ذلک فمطالبته مقدار ديه النفس بعد وقوع الجنايه ليس أمراً متيقّناً حتّى يقال لا أثر للبرء بالإضافه إليه ولو كان أمر السند فى الروايه تامّاً فالمتعيّن الصبر إلى أن تظهر السرايه أو عدمها، فالالتزام بما ذكر الماتن أوّلاً وما جعله أولى أخيراً، هو المحكى عن الشيخ فى المبسوط والعلاّمه فى التحرير والارشاد والشهيد والأردبيلى، محلّ تأمّل، واللّه العالم.

[1] المعتبر فى القصاص هو المماثله بين الجنايه والاقتصاص منها وقياس الجراح بخيط أو شبهه وضبط الجانى حين الاقتصاص ولو اضطرب الجانى عند القصاص بحيث استندت الزياده إليه فلا يضمن المقتصّ وإلاّ فالضمان على المقتصّ لتوقّف إحراز المماثله عليه ولو شقّ على الجانى الاقتصاص منه دفعه جاز الاقتصاص بمقدار جنايته فى أكثر من دفعه، لأنّ حقّ الاستيفاء للمجنى عليه فله اختيار الطريق

ويعلم طرفاه فى موضع الاقتصاص ثمّ يشقّ من إحدى العلامتين إلى الأخرى، فإن شقّ على الجانى جاز أن يستوفى منه فى أكثر من دفعه ويؤخّر القصاص فى الأطراف من شدّه الحرّ والبرد إلى اعتدال النهار، ولا يقتصّ إلاّ بحديده[1]. ولو قلع عين إنسان، فهل له قلع عين الجانى بيده؟ الأولى انتزاعها بحديده معوجّه فإنّه أسهل.

ولو كانت الجراحه تستوعب عضو الجانى وتزيد عنه لم يخرج فى القصاص الشَرح:

الأسهل.

وأمّا ما ذكر قدس سره من وجوب تأخير القصاص فى شدّه الحرّ أو البرد إلى اعتدال النهار فلا بأس بالالتزام به إذا كان الاقتصاص فى شدّتهما موجباً لتعرض نفس الجانى للتلف لوجوب حفظ النفس المحترمه عن الهلاک وسرايه الجراح، وأمّا إذا كان ذلک موجباً للمشقّه على الجانى فقد تقدّم ان استيفاء القصاص حقّ للمجنى عليه فله اختيار الأسهل لا أنّ عليه أن يؤخّر الاستيفاء.

[1] ذكروا ذلک فى كلماتهم، ولكن لم يرد فى شىء من الروايات اعتبار الحديده فى قصاص الأطراف، اللهم إلاّ أن يقال انصراف القصاص بالجرح إليها فإنّ ظاهره الآله المناسبه له والآله المناسبه ما كان من الحديد حتّى فى مثل قلع العين اقتصاصاً من العين، فإنّه يتعيّن كونه بحديده معوجّه لا يوجب الجرح فى غير موضع العين فإن أمكن للمجنى عليه الاقتصاص من الجانى كذلک وإلاّ يعيّن من ينوب عنه فى ذلک. ويؤيّد ذلک ما ورد فى القصاص من النفس من أنّه لا يترک ولىّ القصاص يعبث بالجانى أو يمثّل بالقاتل(1).

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 62 من أبواب قصاص النفس، الحديث 1و2: 95.

إلى العضو الآخر[1] واقتصر على ما يحتمله العضو وفى الزايد بنسبه المتخلّف إلى أصل الجرح ولو كان المجنى عليه صغير العضو فاستوعبته الجنايه لم يستوعب فى المقتصّ منه واقتصر على قدر مساحه الجنايه.

ولو قطعت إذن إنسان فاقتصّ ثمّ ألصقها المجنى عليه كان للجانى إزالتها

الشَرح:

[1] ذكروا أنّه لو كان العضو الذى وقعت جنايه الجراح فيه من المجنى عليه كبيراً ومن الجانى صغيراً بحيث لو أراد المجنى عليه الاقتصاص بالمساوى فى المساحه تعدّى الجرح إلى العضو الآخر من الجانى فلا يجوز فى الاقتصاص هذا التعدّى بل يقتصر بالمقدار الذى يتحمّله عضو الجانى ويؤخذ بالديه فى المقدار الباقى من الاقتصاص، فلو كان القصاص من الجانى بثلثى جنايته من حيث المساحه يقتصّ منه بالثلثين ويؤخذ منه ثلث ديه جنايته ولا يجوز للمجنى عليه الاقتصاص بجرح آخر بمقدار المتخلّف ولو فى جانب آخر من ذلک العضو وكذا فى العكس، فإن كان المجنى عليه صغير العضو فاستوعب الجنايه ذلک العضو من حيث المساحه لا يجوز له الاقتصاص من الجانى إذا كان كبير العضو إلاّ بمقدار الجنايه من حيث المساحه، كلّ ذلک لاعتبار المماثله فى الاقتصاص وأنّه إذا لم يمكن القصاص من الجانى ولو لفقد العضو المحلّ ينتقل الأمر إلى الديه ومع عدمها الحكومه.

ولكن قد تقدّم أنّ اعتبار المماثله فى الجنايه فى العمق يقتضى ملاحظه عضو الجانى وعضو المجنى عليه بلحاظ أنفسهما كذلک الحال فى مقدار المساحه أيضاً، وإذا كانت الجراحه الجرحيه ثلثاً من مساحه عضو المجنى عليه فلابدّ من كون رعايه الثلث بحسب مساحه رأس الجانى وكذا العكس ولم يقم فى المقام ما يرفع اليد عن ذلک، فالتفكيک بين العمق والمساحه فى تحقّق المماثله غير تامّ.

لتحقّق المماثله[1] وقيل: لا ، لأنّها ميته وكذا الحكم لو قطع بعضها. ولو قطعها فتعلّقت بجلده ثبت القصاص، لأنّ المماثله ممكنه.

الشَرح:

[1] فى المقام مسألتان:

إحدهما: أنّه لو قطعت اذن إنسان فألصقها المجنى عليه بعد الجنايه وقبل القصاص فالتحم فهل للمجنى عليه القصاص من الجانى بقطع اذنه أم لا؟

وربّما يتفرّع جواز الاقتصاص على إزالتها وعدمها فما دام لم تزل فليس للمجنى عليه حقّاً للاقتصاص وهو كماترى، فإنّ الجنايه بوقوعها توجب القصاص فجواز الإزاله للجانى وعدمها غير دخيل فى ترتّب القصاص وعدمها.

ولكن يمكن أن يقال: إذا كان الالتحام قبل القصاص، لم يثبت القصاص، لأنّ حقّ القصاص من الجانى لحصول الشّين للمجنى عليه وإذا لم يحصل لم يثبت القصاص، بل ينتقل الأمر إلى الارش، كما فى سائر الموارد التى لم يمكن الاقتصاص ولا يخلو عن تأمّل.

الثانيه: أنّه إذا قطعت اذنه أو بعضها فاقتصّ من الجانى فى جنايته ثمّ ألصقها المجنى عليه فالتحم فهل للجانى الإزاله؟ قد يقال: نعم، لتحقّق المماثله وربّما يقال: لا ، لأنّ الملصوق بحكم الميته، فإزالته للحاكم من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. ولا يخفى ما فيه، فإنّ بعد الالتحام لا يكون ميته.

ولكن يكون للجانى حقّ الإزاله لروايه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أنّ رجلاً قطع من بعض اذن رجل شيئاً، فرفع ذلک إلى على عليه السلام فقاده فأخذ الآخر ما قطع من أذنه فردّه على اذنه بدمه فالتحمت وبرئت فعاد الآخر إلى علّى عليه السلام فاستفاده فأمر بها فقطعت ثانيه وأمر بها فدفنت وقال عليه السلام : إنّما يكون القصاص من أجل

ويثبت القصاص فى العين ولو كان الجانى أعور خلقه[1] فإن عمى فإنّ الحق أعماه، ولا ردّ، أمّا لو قلع عينه الصحيحه ذو عينين اقتصّ له بعين واحده إن شاء، وهل له مع ذلک نصف الديه؟ قيل: لقوله تعالى «العين بالعين»وقيل: نعم، تمسّكاً بالأحاديث، والأوّل أولى.

الشَرح:

الشّين»(1)، ومقتضى التعليل عدم الشّين بالالتحام.

[1] يثبت القصاص فى العين لقوله سبحانه «العين بالعين»(2)، ولو كان الجانى أعور وجنى على صحيح العين يؤخذ القصاص منه وإن عمى الأعور بالاقتصاص حيث إنّ حقّ القصاص أعماه، كما ورد ذلک فى صحيحه محمد بن قيس قال قلت لأبى جعفر عليه السلام : أعور فقأ عين صحيح، فقال: «تفقأ عينه» قال قلت: يبقى أعمى، قال: «الحقّ أعماه»(3)، ونحوها مرسله أبان عن أبى عبداللّه عليه السلام (4)، والاولى صحيحه فإنّ فى سندها عاصم بن حميد، وهو قرينه على أنّ المراد بمحمد بن قيس هو الثقه الذى يروى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام .

مضافاً إلى أنّ القصاص منه مقتضى اطلاق قوله سبحانه: «العين بالعين»(5) وكذا الروايات التى بمفادها ومقتضاها عدم لزوم ردّ شىء على الجانى من الديه أو غيرها.

نعم، إذا جنى ذو العينين عل الأعور فقلع عينه الصحيحه فالأكثر تخيير الأعور المجنى عليه بين الاقتصاص من مثل عينه وعلى الجانى نصف الديه أيضاً، وبين أن

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 23 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 140.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 15 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 134.
4- (4) الوسائل: ج 19، الباب 15 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 134.

5- (5) سوره المائده: الآیه 45.

....

الشَرح:

يأخذ من الجانى ديه النفس يعنى ديه العينين والمستند لذلک صحيحه محمد بن قيس قال: قال أبو جعفر عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أعور أصيبت عينه الصحيحه ففقئت أن تفقأ إحدى عينى صاحبه ويعقل له نصف الديه، وإن شاء أخذ ديه كامله ويعفا عن عين صاحبه»(1).

ونحوها روايه عبداللّه بن الحكم عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن رجل صحيح فقأ عين رجل أعور، فقال: عليه الديه كامله، فإن شاء الذى فقئت عينه أن يقتصّ من صاحبه ويأخذ منه خمسه آلاف درهم فعل، لأنّ له الديه كامله، وقد أخذ نصفها بالقصاص»(2).

وعن جماعه كالمفيد وابن ادريس أنّه ليس للأعور المجنى عليه إلاّ الاقتصاص من ذى العينين بإحدى عينيه من غير أن يرد عليه نصف الديه استناداً إلى ظاهر الآيه الدالّه على أنّ العين بالعين، وما هو ظاهر من الروايات بمفادها.

وفيه أنّ مقتضى الآيه والروايات وإن كان ما ذكر إلاّ أنّ دلالتهما بالاطلاق حيث يعمّان عين الأعور فيرفع اليد عن الاطلاق بالدليل الخاصّ على خلافه.

ثمّ انّ المصرّح به فى كلمات بعض الأصحاب أنّ ردّ نصف الديه على الأعور من ذى العينين الجانى ما إذا ذهبت إحدى عينيه خلقةً أو كان ذلک بآفه، وأمّا إذا ذهبت بجنايه جان عليه من قبل فلا يستحقّ ردّ النصف عليه.

وقد ذكر فى وجه ذلک تارةً بالإجماع وأخرى بأنّ الثابت فى العين الواحده نصف الديه وأنّ الأعور قد استوفاه من قبل بالعفو الداخل فى الاستيفاء كالأخذ، وثالثه

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 27 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 252.

2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 27 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4: 253.

اذهاب الضوء دون الحدقه

ولو أذهب ضوء العين دون الحدقه توصل فى المماثله[1] وقيل يطرح على الأجفان قطن مبلول ويقابل بمرآه محمّاه مواجهه للشمس حتى تذهب الباصره وتبقى الحدقه.

الشَرح:

بأنّ صحيحه محمد بن قيس لا إطلاق لها، فإنّها وارده فى قضيه شخصيه ولا يمكن التعدّى منها، مع احتمال الخصوصيه.

وأمّا روايه عبداللّه بن الحكم فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، لأنّ أبى عمران كعبداللّه بن حكم، ضعيف وما ورد فى عين الأعور من أنّ فيها الديه كامله كما فى صحيحه الحلبى(1) وغيره مطلق وحملها على ما إذا كان أعور بغير الجنايه عليه لا قرينه عليه.

وعلى ذلک فمع ثبوت القصاص كما هو المفروض فى المقام لا دليل على الردّ عليه بنصف الديه إذا كان أعوريته بالجنايه عليه، وأمّا إذا لم يثبت القصاص كما إذا كان قلع عينه خطأً فالثابت على الجانى خطأً تمام الديه أخذاً بالاطلاق.

ودعوى الاجماع على الخلاف لاحتمال الاستناد على الوجوه المتقدّمه لا يمكن إثبات كونه على تقدير تعبّدياً، ويتعيّن ما ذكرنا فيما إذا كان الجانى على الأعور أعور مثله، فإنّه يثبت للأعور المجنى عليه القصاص بعين الأعور الجانى من غير ردّ لخروجه عن فرض الصحيحه وروايه عبداللّه بن الحكم، ولو كان خطأً يكون على الجانى الأعور الديه كامله أخذاً بإطلاق صحيحه الحلبى وغيرها.

[1] أمّا ثبوت القصاص فالظاهر عدم الخلاف فيه ويقتضيه قوله سبحانه: «العين بالعين»(2) ولكن اللازم اعتبار المماثله فى ذهاب ضوء العين من غير جنايه زايده كما

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 27 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 1: 252.
2- (2) سوره المائده: الآيه 45.

ویثبت فی الحاجبین وشعر الرأس واللحیه، فإن نبت فلا قصاص[1] وفی الشَرح:

یقتضیه ذلک قوله سبحانه: «فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم»(1)، وأنّ الجنایه الزایده داخل فی عنوان الظلم والتعّدی.

وقد یقال فی کیفیه القصاص ما ذکر الماتن علیه السلام والمستند فیه روایه رفاعه عن أبی عبداللّه علیه السلام «انّ عثمان (عمر) أتاه رجل من قیس بمولی له قد لطم عینه فأنزل الماء فیها وهی قائمه لیس یبصر بها شیئاً، فقال له: أعطیک الدیه، فأبی قال: فأرسل بهما إلی علیّ علیه السلام وقال: احکم بین هذین، فأعطاه الدیه فأبی، قال: فلم یزالوا یعطونه حتّی أعطوه دیتین قال فقال: لیس أرید إلاّ القصاص، قال: فدعا علیّ علیه السلام بمرآه فحماها ثمّ دعا بکرسف فبلّه ثمّ جعله علی أشفار عینیه وعلی حوالیها ثمّ استقبل بعینه عین الشمس قال: وجاء بالمرآه فقال انظر فنظر فذاب الشحم وبقیت عینه قائمه وذهب البصر»(2).

ولکن الروایه ضعیفه بسلیمان الدهّان ولا دلاله لها علی انحصار کیفیه الاقتصاص بالوارد فیها، ولعلّه إحدی الطرق إلیه.

[1] ذکروا القصاص فی إذهاب شعر الرأس واللحیه والحاجبین ومع فساد المحل إذا أمکن الاقتصاص من غیر تعدّ، والمراد بفساد المحلّ عدم نبات الشعر ثانیاً، وأمّا إذا نبت ثانیاً فلا قصاص کما هو ظاهر الماتن، حیث ذکر أنّه فإن نبت فلا قصاص حیث إنّه مع النبات ینتقل الأمر إلی الدیه أو الارش.

وعن بعض الروایات ثبوت القصاص مطلقاً بمعنی أنّه یثبت القصاص مع عدم فساد المحل، ومع فساده إذا أمکن القصاص فی الثانی.

ویظهر من بعض الروایات عدم ثبوت القصاص فی شیء من الصورتین وفی

1- (1) سوره البقره: الآیه 194.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 11 من أبواب قصاص الطرف، الحدیث 1: 129.

....

الشَرح:

روايه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى اللحيه إذا حلقت فلم تنبت الديه كامله فإن نبتت فثلث الديه»(1)، وظاهرها إن لم يكن مختصّاً بالعمد، لكون الحلق فعلاً عمدياً فلا أقلّ من إطلاقها.

وفى روايه سلمه بن تمام قال: أهرق رجل قدراً فيها مرق على رأس رجل، فذهب شعره، فاختصموا فى ذلک إلى علىّ عليه السلام ، فأجّله سنه فلم ينبت شعره فقضى عليه بالديه»(2)، وظاهرها أيضاً ثبوت الديه حتّى مع العمد.

وقريب منهما مرسله على بن خالد (حديد) عن بعض رجاله عن أبى عبداللّه عليه السلام قال قلت: الرجل يدخل الحمام فيصبّ عليه صاحب الحمام ماءً حارّاً فيمتعط شعر رأسه فلا ينبت فقال: «عليه الديه كامله»(3).

والمناقشه فى الروايات بضعف إسنادها وأنّ مقتضى إطلاق قوله سبحانه «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(4) ثبوت القصاص فى الصوره الأولى، بل فى الثانيه إذا أمكن، ففيها أنّ الصدوق روى روايه مسمع بسنده عن السكونى، ولا مناقشه فيها بحسب السند(5).

وأمّا المرسله فقد رواها الشيخ بإسناده عن محمد بن الحسن الصفّار عن

1- (1) الوسائل: الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 1: 26.
2- (2) الوسائل: الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3: 261.
3- (3) الوسائل: الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 261.
4- (4) سوره البقره: الآيه 194.
5- (5) الوسائل: الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 1: 26.

قطع الذكر[1] ويتساوى فى ذلک ذكر الشاب والشيخ.

والصبى والبالغ[2] والفحل والذى سلّت خصيتاه والأغلف والمختون. نعم الشَرح:

محمد بن الحسين عن جعفر بن بشير عن هشام بن سالم عن سليمان بن خالد(1) قال قلت لأبى عبداللّه عليه السلام . . . فلا مجال للمناقشه اللّهم إلاّ أن يقال دلاله هذه الروايات على تعيّن الديه بالاطلاق حتّى صحيحه هشام حيث انّ ذكر «عليه الديه» لا يقتضى العمد، بل كون الديه على الجانى لكون الجنايه شبه العمد، ودلاله الآيه المباركه أيضاً على حكم الجنايه الموجبه لإزاله الشعر بالاطلاق ومع المعارضه لا اعتبار باطلاق الروايات فالمتعيّن القصاص فى الصورتين إمكانه، واللّه العالم.

[1] أمّا أصل القصاص فمضافاً إلى الاطلاق فى قوله سبحانه «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»(2) يدلّ عليه الاطلاق فى موثقه اسحاق بن عمار عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيما كان من جراحات الجسد أنّ فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاها»(3).

[2] هذا هو المشهور بين الأصحاب فى قصاص النفس بأن يقتل قاتل الصبى قصاصاً، ولكن لا يقتل الصبى بالبالغ وكذا يقتصّ من البالغ اقتصاصاً من عضو الصبى، ولكن لا يقتصّ من الصبى اقتصاصاً من عضو البالغ لما ورد من أنّ عمد الصبى خطأ تحمله العاقله.

ولكن لا يخفى أنّ العموم الوارد فى عدم جواز القصاص من العاقل اقتصاصاً من جنايته على المجنون كما يدلّ عليه صحيحه أبى بصير يقتضى عدم جواز القصاص من

1- (1) الوسائل: الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 261.
2- (2) سوره البقره: الآيه 194.
3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 13 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 3: 132.

لایقاد الصحیح بذکر العنین[1]

الشَرح:

البالغ فی جنایته علی الصبی أیضاً، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل قتل رجلاً مجنوناً فقال: «إن کان المجنون أراده فدفعه عن نفسه «فقتله» فلا شیء علیه من قود ولا دیه ویعطی ورثته دیته من بیت مال المسلمین» قال: «وإن کان قتله من غیر أن یکون المجنون أراده فلا قود لمن لا یقاد منه، وأری أنّ علی قاتله الدیه فی ماله یدفعها إلی ورثه المجنون ویستغفر اللّه ویتوب إلیه»(1).

فإنّ مقتضی قوله علیه السلام «لا قود لمن لا یقاد منه» عدم جواز الاقتصاص من البالغ بجنایته عمداً علی الصبی سواء کانت الجنایه تلف النفس أو تلف العضو.

[1] کما صرّح بذلک العلاّمه والشهید الثانی وغیرهما وکأنّ العنن من شلل العضو، فقد ورد أنّه لا یقاصّ من صحیح الید بالید المشلوله، بل یثبت علی الجانی ثلث الدیه، ولذا ذکر الماتن قدس سره فی المقام لا یقاد الصحیح بذکر العنین ویکون علیه بقطعه ثلث الدیه.

ولکن التعدّی من شلل الید إلی ذکر العنین وجهه غیر ظاهر بل حصر قیاس مع أنّ الحکم فی الید المشلوله أیضاً مشکل لما تقدّم من ضعف المستند، ومقتضی عموم ما دلّ علی ثبوت القصاص فی الجراحات ثبوته فی المقام، ومجرد العنن لا یخرج عن المماثله کما إذا قطع الشاب ذکر من بلغ الهرم الذی لا ینتشر ذکره فإنّه یقطع ذکر الشاب کما تقدّم.

وکون الدیه أیضاً، ثلث الدیه محلّ إشکال، فإنّ مقتضی معتبره السکونی ثبوت الدیه الکامله، فإنّ الکلینی روی بسنده عنه عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قال

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث 1: 51.

ويثبت بقطعه ثلث الديه، وفى الخصيتين القصاص[1]، وكذا فى إحداهما إلاّ أن يخشى ذهاب منفعه الأخرى فيؤخذ ديتها.

ويثبت فى الشفرين[2] كما يثبت فى الشفتين، ولو كان الجانى رجلاً الشَرح:

أمير المؤمنين عليه السلام فى ذكر الصبى الديه وفى ذكر العنن الديه»(1).

لا يقال: مقتضى إطلاقها تعيّن الديه حتّى فى الجنايه على الصبى بقطع ذكره عمداً أو على العنين بقطع ذكره كذلک ونفى القصاص.

فإنّه يقال: مقتضى ما ورد فى الجروح قصاص ثبوت القصاص فى قطع ذكر العنين عمداً والتعارض بالعموم من وجه وثبوت القصاص موافق لعموم الكتاب فيؤخذ بما دلّ عليه.

[1] لإطلاق ما دلّ على ثبوت القصاص فى الجروح فإن قطع اليمنى اقتصّ بقطعها وإن قطع اليسرى قطعت اليسرى، لتحقّق المماثله.

نعم إذا كان القطع مما يوجب انتفاء منفعه الأخرى بأن يصير الجانى عقيماً يسقط القصاص للتعزير المتقدّم بأنّه يوجب الانتقال إلى الديه.

ولكن فيه إشكال، فإنّ قطع المماثل يعدّ قصاصاً وما يتلف بالقصاص بالمماثل لا يدخل فى الضمان على ما يستفاد مما ورد فى أنّ من قتله القصاص أو الحدّ فلا قود ولا ديه له اللّهمّ إلاّ إذا كان القصاص مؤدّياً إلى التلف أو الفساد فى العضو الآخر فلا بأس بالالتزام بالانتقال إلى الديه لخروج القصاص بذلک عن المماثله.

[2] إذا قطعت امرأه الشفرين من امرأه أخرى قطعت شفريها قصاصاً أخذاً بما دلّ على ثبوت القصاص فى الجروح والمناقشه فى القصاص باختلاف الشفرين فى النّساء كماترى بعد صدق المماثله كما فى اختلاف الناس فى الأعضاء.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 35 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 259.

فلا قصاص وعليه ديتها، وفى روايه عبدالرحمن بن سيابه عن أبى عبداللّه عليه السلام إن لم يؤدّ ديتها قطعت لها فرجه وهى متروكه.

الشَرح:

نعم، إذا قطع الرجل الشفرين من المرأه عليه ديه النفس أى ديه المرأه التى هى نصف ديه الرجل، وفى صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل قطع فرج امرأه (امرأته) قال: إذن اغرمه لها نصف الديه»(1) والمراد نصف ديه النفس الظاهره فى ديه الرجل كلّما اطلقت، كما لا يخفى.

وقد ذكر فى الجواهر(2) فى باب ديه الشفرين «وفى خبر آخر رجل قطع فرج امرأه فقال اغرمه لها نصف ديتها وهو محمول على ما إذا قطع أحد الشفرين كما أنّ خبر عبدالرحمن بن سيابه محمول على قطعهما معاً حيث ورد فيه ثبوت ديه نفسها كماترى، وأيضاً ورد فى روايه عبدالرحمن بن سيابه إن لم يؤدّ الرجل ديتها يقطع ذكره قصاصاً إذا طلبت المرأه ذلک، فإنّه روى الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن عبدالرحمن بن سيابه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ فى كتاب على عليه السلام لو أنّ رجلاً قطع فرج امرأته لأغرمته لها ديّتها، وإن لم يؤدّ إليها الديه قطعت لها فرجه إن طلبت ذلک»(3).

وقد ذكر الماتن انّ ما ورد فيها متروک، ولعلّ الوجه فى ترک العمل خروج ما ذكر عن القصاص وإلاّ لم يكن جوازه مترتّباً على عدم أداء الديه لها وإن كان يمكن القول باعتبار سندها، لأنّه من غير البعيد كونه من المعاريف الذين لم يرد فيهم القدح بل توكيل الصادق عليه السلام له فى إيصال المال إلى عوائل من قتل فى قضيه زيد كاشف عن

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 36 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 36.
2- (2) جواهرالكلام: 43/274.
3- (3) الكافى: 7/313، الوسائل ج 19، الباب 36 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 26.

ولو كان المجنى عليه خنثى، فإن تبيّن أنّه ذكر فجنى عليه رجل كان فى ذكره وانثييه القصاص[1] وفى الشفرين الحكومه.

ولو كان الجانى امرأه كان فى المذاكير الديه وفى الشفرين الحكومه، لأنّهما ليسا أصلاً، ولو تبيّن أنّه امرأه فلا قصاص على الرجل فيهما وعليه فى الشفرين ديتهما وفى الذكر والانثيين الحكومه، ولو جنت عليه امرأه كان فى الشفرين القصاص وفى المذاكير الحكومه، ولو لم يصبر حتّى تستبان حاله فإن طالب الشَرح:

أمانته، وبذلک يشكل الخروج وطرح الروايه بمجرد الاستبعاد ولكن موردها والمفروض فيها على نسخه الوسائل عن الكافى قطع الرجل فرج أمرأته ولا يمكن التعدّى منها لاحتمال الخصوصيه بعد كون الحكم على خلاف القاعده، واللّه العالم.

ثمّ انّ ديه فرجها نصف الديه الظاهره فى الديه الكامله للنفس لا ديه نفس المرأه فما فى صحيحه أبى بصير لا تنافى روايه عبدالرحمن، كما لا يخفى.

[1] فإنّ ذلک مقتضى ثبوت القصاص فى الجروح واعتبار الاقتصاص بالمماثل وإذا جنى الرجل على الخنثى المتبيّن كونه ذكراً فى شفريه يرجع فى جنايته إلى الحكومه، لأنّ الشفرين ليسا أصليين بل هما لحم زايد وأمّا لو كان الجانى عليه امرأه فلا مورد للقصاص من المرأه فى مذاكير الخنثى فيرجع إلى الديه وفى شفريه إلى الحكومه، لأنّ الشفرين من الخنثى ليستا أصليين حتّى يقتصّ من المرأه فيهما، هذا كلّه فيما إذا ظهر الخنثى ذكراً.

وأمّا إذا ظهر أنّه امرأه وكان الجانى رجلاً لا يقتصّ للخنثى من الرجل لعدم المماثله فى العضو الواقع فيه الجنايه، بل يرجع إلى الديه إذا قطع الشفرين وإلى الحكومه إذا قطع الذكر والانثيين وأمّا إذا جنت عليها المرأه كان فى الشفرين القصاص وفى المذاكير الحكومه.

بالقصاص لم يكن له لتحقّق الاحتمال[1] [ولو طالب بالديه أعطى اليقين وهو ديه الشفرين، ولو تبيّن بعد ذلک أنّه رجل أكمل له ديه الذكر والانثيين والحكومه فى الشفرين أو تبيّن أنّه أنثى أعطى الحكومه فى الباقى، ولو قال: أطالب بديه عضو مع بقاء القصاص فى الباقى، لم يكن له، ولو طالب بالحكومه مع بقاء القصاص صحّ ويعطى أقلّ الحكومتين.

ويقطع العضو الصحيح بالمجذوم[2] إذا لم يسقط منه شىء، وكذا يقطع

الشَرح:

[1] يعنى إذا طالب الخنثى بالقصاص فلا يسمع طلبه سواء كان الجانى عليه رجلاً أو امرأه أو خنثى لاحتمال اختلاف الجانى معه فى الذكوريه والانوثيه فإن كان الجانى رجلاً احتمل كونه انثى وإن كانت امرأه احتمل كونه ذكراً، وكذا إذا كان الجانى خنثى، وهذا بخلاف ما إذا طالب بالديه، فإنّ ثبوت الديه على الجانى مع رضاه بالديه يقينى، غايه الأمر الشكّ فى ديه الشفرين لاحتمال كون الخنثى امرأه، فإنّ تبيّن بعد ذلک أنّه ذكر يأخذ باقى الديه ويثبت فى الشفرين الحكومه، وإن تبيّن كونه امرأه فقد أخذ ديه الشفرين ترجع فى الباقى إلى الحكومه، وظاهر الفرض وقوع الجنايه على الخنثى فى المذاكير والشفرين، ولذا لو طالب بالحكومه مع بقاء القصاص له فى عضوه الأصلى صحّ، ولكن يؤخذ بأقلّ الحكومتين.

[2] قد تقدّم أنّه يقطع اليد الصحيحه باليد الشلاء وما ورد فى عدم قطعها به ضعيف سنداً، وعلى تقدير الاغماض لا يتعدّى عن موردها بعد صدق كون اليد باليد والأذن بالأذن والأنف بالأنف إلى غير ذلک، وعليه يقطع اليد الصحيحه باليد المجذومه حتى ما إذا سقط منها شىء فإنّ سقوط اصبع أو أزيد منه يكون كسقوطهما من اليد الصحيحه فإنّه يقتصّ له ممن لم يقطع من يده أصبع.

الأنف الشامّ بالعادم له، كما تقطع الأذن الصحيحه بالصمّاء، ولو قطع بعض الأنف نسبنا المقطوع إلى أصله[1]

وأخذنا من الجانى بحسابه لئلاّ يستوعب أنف الجانى بتقدير أن يكون صغيراً، الشَرح:

[1] لم يرد فى خصوص المفروض روايه، ولكن ما ذكروا فيه من الاقتصاص بالنسبه مقتضى الاطلاق فيما دلّ على ثبوت القصاص فى الجروح وفى الأنف بعد التقييد بالمماثله فإنّه إذا كان للمجنى عليه أنف صغير قطع نصفه وكان للجانى أنف كبير يكون قطع نصفه فى الاقتصاص من القصاص بالجرح المماثل، بخلاف ما إذا قطع ربعه المساوى لنصف أنف المجنى عليه بحسب المساحه، فإنّه لا يعدّ هذا اعتداءً بالمثل، كما ذكرنا ذلک فى مطلق الجرح الذى ذكروا فيه اعتبار المساحه فى القصاص منه.

ولذا ذكر الماتن انّ تقدير المساحه فى مفروض المقام يوجب ذهاب تمام أنف الجانى إذا كان صغيراً بحيث يساوى تمامه مقدار المقطوع من المجنى عليه وذكر فى الجواهر(1) انّ تقدير النسبه فى القصاص فى المقام يناف ما يعتبر فى القصاص فى الشجاج من تقدير المساحه.

ولكن لا يخفى انّ الإشكال ليس فى ملاحظه النسبه فى المقام، بل فيما ذكروا من اعتبار المساحه فى القصاص فى الشجاج فى العضو.

مما ذكر يظهر ثبوت القصاص فى أحد المنخرين فإنّه إذا جنى بقطع أحدهما يقطع اقتصاصاً من الجانى أحدهما أيضاً مراعياً المماثله فى اليمنى أو اليسرى والنسبه على ما يأتى بالإضافه إلى المحلّ.

1- (1) جواهر الكلام: 42/384.

وكذايثبت القصاص فى أحد المنخرين، وكذا البحث فى الأذن وتؤخذ الصحيحه بالمثقوبه، وهل تؤخذ بالمخرومه قيل: لا [1]، ويقتصّ إلى حدّ الخرم والحكومه فيما بقى، ولو قيل: يقتصّ إذا ردّ ديه الخرم كان حسناً.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره ثبوت القصاص فى الأذن كما يفصح عن ذلک قوله سبحانه «والأذن بالأذن»(1) وتؤخذ الصحيحه بالمثقوبه سواء عدّ الثقب زينه أم لا للصدق. نعم لو كان مخرومه من المجنى عليه هل يقتصّ من الجانى مع عدم كون أذنه مخرومه؟ قيل: لا ، بل يؤخذ بالقصاص إلى مقدار الخرم وبالحكومه فى مقدار الزايد، كما قيل الانتقال إلى الديه، وذكر الماتن أنّه لو قيل بالقصاص فى كلّ المقدار وعلى المجنى عليه ردّ الخرم كان حسناً.

والظاهر أنّ اختيار الأخير لخبر الحسن بن العباس بن الحريش عن أبى جعفرالثانى عليه السلام قال قال: أبو جعفر الأول عليه السلام لعبداللّه بن عباس: يا ابن عباس انشدک اللّه هل فى حكم اللّه اختلاف قال فقال: لا، قال: فما تقول فى رجل قطع رجل أصابعه بالسيف حتّى سقطت فذهب وأتى رجل آخر فأطار كفّ يده فأتى به إليک وأنت قاض كيف أنت صانع؟ قال: «أقول لهذا القاطع اعطه ديه كفّه وأقول لهذا المقطوع صالحه على ما شئت وأبعث إليهما ذوى عدل، فقال له: قد جاء الاختلاف فى حكم اللّه ونقضت القول الأول أبى اللّه أن يحدث فى خلقه شيئاً من الحدود وليس تفسيره فى الأرض، أقطع يد قاطع الكف أصلاً ثمّ اعطه ديه الأصابع هذا حكم اللّه»(2).

ولكن قد تقدّم ضعفها سنداً وعدم إمكان استفاده الكبرى الكلّيه منها.

والأظهر ثبوت الاقتصاص بالمخرومه لصدق المماثله وإطلاق قوله سبحانه

1- (1) سوره المائده: 45.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 129.

وفی السنّ القصاص[1] فإن کانت سنّ مثغر وعادت ناقصه أو متغیّره کان فیها الحکومه، وإن عادت کما کانت فلا قصاص ولا دیه، ولو قیل بالارش کان حسناً أمّا سنّ الصبی فینتظر بها سنه، فإن عادت ففیها الحکومه وإلاّ کان فیها القصاص، وقیل فی سنّ الصبی بعیر مطلقاً، ولو مات قبل الیأس من عودها قضی لوارثه بالأرش ولو اقتصّ البالغ بالسنّ فعادت سنّ الجانی لم یکن للمجنی علیه إزالتها، لأنّها لیست بجنسه.

الشَرح:

«والأذن بالأذن»(1).

[1] کما هو مقتضی قوله سبحانه: «السنّ بالسنّ»(2) ولکن إذا قلع أو أسقط سنّ الطفل الذی سقطت أسنانه إلتی نبتت من زمان الرضاعه وعادت سنّه المقلوعه ناقصهً أو متغیّره کان فیها الحکومه، أی ملاحظه کونه معیوب السنّ وتدارکه بالمال علی ما نذکر فی معنی الحکومه، وإن عادت کما کانت لم یکن فی البین قصاص ولا دیه. وذکر الماتن قدس سره : ولو قیل بردّ الارش فی هذه الصوره کان حسناً بأن یلاحظ کونه لو لا القطع کان ذا سنّ فی تلک المدّه فیلاحظ ذلک ویتدارک.

ولکن لا یخفی انّ القصاص وإن لم یثبت فی الفرض کما یأتی إلاّ أنّه قد یقال بثبوت الدیه أخذاً بإطلاق ما دلّ علی ثبوتها فی السنّ بعد ملاحظه عدم ثبوت القصاص.

وما فی مرسله جمیل عن بعض أصحابه عن أحدهما علیه السلام أنّه قال فی سنّ الصبی یضربها الرجل فتسقط ثمّ تنبت قال: «لیس علیه قصاص وعلیه الارش»(3)، لا ینافی ثبوت الدیه، فإنّ الارش یعمّ الدیه ولا ینحصر فی الحکومه.

1- (1) سوره المائده: الآیه 45.
2- (2) سوره المائده: الآیه 45.

3- (3) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2: 134.

....

الشَرح:

وأمّا روايه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ علياً قضى فى سنّ الصبى قبل أن يثغر بعيراً فى كلّ سن»(1).

وكذا روايه السكونى(2) فلا يمكن الاعتماد عليهما لضعفهما سنداً، فإنّ سند الشيخ إلى النوفلى ضعيف وسنده إلى سهل بن زياد وإن كان معتبراً إلاّ انّ فى السند ابن شمون والأصم مضافاً إلى ضعف سهل بن زياد.

وتفصيل الكلام فى المقام أنّه إذا قطع أو أسقط السنّ من البالغ الذى لا ينبت مكان المقلوع والساقط سنّ عادةً فمع التعمّد يثبت القصاص وفى غيره يثبت الديه، ولو عاد فى هذا الفرض مكانه سنّ سواء كانت سنّاً كما كانت فى الأصل أو سنّاً ناقصه فظاهر الماتن أنّه يسقط القصاص والديه.

وغايه الأمر إذا كانت متغيّره أو ناقصه كان فيها الحكومه، وهى على المشهور تفاوت القيمه ما بين كونه بسنّ تامّه وكونه بسنّ ناقصه على تقدير كونه عبداً أو مع ملاحظه كونه بسنّ فى تلك المدّه وكونه بلا سنّ مع كون سنّه متغيّره.

ولكن الصحيح أنّه يثبت القصاص فى الفرض مع التعمّد والديه بدونه سواء نبتت مكانه سنّ تامّه أو متغيّره وناقصه أو كامله أم لم تنبت فإنّ الجنايه الأولى موجبه للقصاص أو الديه والنابت يحسب عضواً جديداً وهبه اللّه إيّاه فلا يرتفع موضوع الاقتصاص أو أخذ الديه.

وأمّا إذا كان المقلوع سنّه أو المسقط عنه صبيّاً مثغراً بأن كان المقلوع أو الساقط

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2: 258.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 33 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3: 258.

....

الشَرح:

سنّاً أصليّه حيث سقطت من قبل أسنانه التى كانت من زمان الرضاعه تثبت على الجانى الديه دون القصاص سواء نبتت سنّ مكان المقلوع أو الساقط اتفاقاً أم لا ، وسواء كان جنايته مع التعمّد أو بدونه وذلک لما ورد فى صحيحه أبى بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلاً مجنوناً قال: « . . . وإن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلا قود لمن لا يقاد منه وأرى أنّ على قاتله الديه فى ماله يدفعها إلى ورثه المجنون ويستغر اللّه ويتوب إليه»(1).

ووجه الدلاله اطلاق قوله عليه السلام «لا قود لمن لا يقاد منه» فإنّ الصبى كالمجنون لا يقاد منه فى جنايته على البالغ نفساً أو طرفاً، فيكون مقتضاه عدم الاقتصاص من البالغ بسنّ الصبى كسنّ المجنون، بل يكون عليه الديه والاستغفار، وهذا على رغم انّ المشهور التزموا بالقصاص إذا لم تنبت السنّ فى محل المقلوعه.

ولو كانت الطفل لم يثغر حيث انّ نبات السنّ فى محل المقلوعه يكشف أنّها قد سقطت من أصلها.

وأمّا إذا نبتت مكانها السنّ وعادت صحيحه فلا قصاص ولا ديه، وإنّما يكون على الجانى الارش، أى تفاوت القيمه ما بين كون الطفل مقطوعها مده لو كان رقّاً وبين كونه غير مقلوعه كما هو ظاهر الماتن قدس سره .

ولعلّ وجهه أنّ كونه مقلوع السنّ مدّه نقص دخل على المجنى عليه بفعل الجانى فلا يكون هدراً وعود السنّ تامّه كامله يوجب انتفاء القصاص والديه لا الارش ومع عدم التفاوت يثبت التعزير فقط.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 28 من أبواب القصاص ف النفس، الحديث 1: 51.

ولا أصليّه بزايده

ويشترط فى الأسنان التساوى فى المحل، فلا يقلع سنّ بضرس[1] ولا بالعكس، ولا أصليّه بزايده، وكذا لا تقلع زايده بزايده مع تغاير المحلّين،

الشَرح:

وعلى الجمله ما دلّ على القصاص أو الديه منصرف عن صوره العود لكون السنّ سن غير مثغر بحيث يكون عودها أمراً عادياً، ويؤيدّه مرسله جميل المرويه فى الكافى عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام أنّه قال: فى سنّ الصبى يضربها الرجل فتسقط ثمّ تنبت قال: «ليس عليه قصاص وعليه الارش»(1). بخلاف كونها سنّ مثغر، فإنّ عودها كما كانت هبه من اللّه سبحانه، فإن كن سنّ الصبى فلا قصاص لما تقدّم، لأنّ الصبى لا يقاد منه فلا قود له، فينتقل إلى الديه، ويؤيّده إطلاقه المرسله.

وأمّا إذا كان بالغاً فإنّه لا موجب لسقوط القصاص مع التعمّد والديه مع الخطأ.

ثمّ ما ذكره العلاّمه قدس سره وتبعه جماعه من الانتظار سنةً لا أعرف له مستنداً، ولذا اطلق المصنفّ قدس سره الانتظار بها إذا كان الطفل غير مثغر والانتظار يحمل على العاده، فقد يزيد على السنه وقد لا يزيد عنها والمعيار إحراز عدم العود لإحراز تعلّق حقّ الاقتصاص من الجانى عند المشهور والديه بناءً على ما ذكر حيث لو طالب وليّه الديه قبل ذلک لم يجب إجابته، لعدم إحراز الاشتغال بالديه. نعم لو قيل بثبوت الديه حتّى مع عودها وجبت الإجابه، واللّه العالم.

[1] [التساوى فى الأسنان بمعنى أنّه لا يقلع الناب بالضرس ولا من الثنايا بالضرس مما لا ينبغى التأمّل فى اعتباره، لأنّ المعتبر فى القصاص المماثله فى المعتدى به وأمّا تساويهما فى الموضع بأن يكون المقلوع من الأعلى فمع وجوده فى الموضع فى المقتصّ منه فلا يبعد اعتباره، لأنّ قلع مثله فى غير مثل موضعه مع وجوده

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 14 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2: 134.

وكذا حكم الأصابع الأصليّه والزايده، وتقطع الاصبع بالاصبع مع تساويهما، وكلّ عضو يؤخذ قوداً مع وجوده تؤخذ الديه مع فقده مثل أن يقطع اصبعين وله واحده أو يقطع كفّاً تامّاً وليس للقاطع أصابع[1].

الشَرح:

فى مثل موضعه لا يعدّ من المماثل، بخلاف ما إذا لم يكن من المقتصّ منه فى ذلک الموضع، فإنّه يصدق معه القصاص بالمماثل، نظير ما إذا قطع اليد اليمنى من رجل ولم يكن للجانى إلاّ اليد اليسرى، فإنّه قد تقدّم أنّه مع اليد اليمنى للجانى تقطع يمينه وأمّا مع عدمها لا ينتقل الأمر إلى الديه، بل تقطع يسراه.

ومما ذكرنا يظهر أنّ القول بعدم اعتبار التساوى فى الموضع مطلقاً أو عدم اعتبار التساوى فى العنوان الخاص فى القصاص بالسنّ مطلقاً لا يمكن المساعده عليه.

ويجرى ما ذكر فى القصاص فى قطع الاصبع، فلو قطع الاصبع السبّابه من يده اليمنى ولم يكن للجانى فى يده اليمنى الاصبع السبّابه تقطع السبّابه من يده اليسرى، وهكذا.

ولكن لا تقطع الابهام بدل السبّابه ولو من يده اليمنى كما يظهر أيضاً أنّه لا يقطع العضو الزايد من الجانى بدل العضو الأصلى من المجنى عليه، كما لا يجوز ذلک فى العكس، كما إذا كانت جنايته بقطع اصبع أصليّه من المجنى عليه ولم يكن للجانى إلاّ اصبع زايده، وكذا الأمر بالعكس، كما إذا قطع من المجنى عليه اصبع زايده فلا يقطع اصبعه الأصليه.

نعم، إذا كان لكلّ من المجنى عليه والجانى اصبع زايده فيجوز الاقتصاص بقطع الزايده وإن اختلف موضعهما من يدهما، وكذا الحال فى السنّ الزايده منهما، وكلّ ذلک لرعايه المماثله فى القصاص بنظر العرف.

[1] إذا لم يمكن الاقتصاص من الجانى فى قصاص الطرف لعدم العضو المماثل للجانى أو أنّ جنايته لا يقتصّ منها لعدم إمكان رعايه المماثله تصل النوبه إلى أخذ

مسائل:

الأولى: إذا قطع يداً كامله

الأولى: إذا قطع يداً كامله ويده ناقصه إصبعاً كان للمجنى عليه قطع الناقصه، وهل يأخذ ديه الاصبع؟ قال فى الخلاف: نعم[1]، وفى المبسوط: ليس له ذلک، إلاّأن يكون أخذ ديتها.

الشَرح:

الديه، لأنّه لا يمكن الالتزام بذهاب حقّ المجنى عليه هدراً فإن لم تكن لجنايته ديه تصل النوبه إلى الديه الثابته بالحكومه.

نعم، ذكرنا فيما تقدّم أنّه فى الموارد التى لا تضبط القصاص وانتقل الأمر إلى الديه يجوز الاقتصاص من الجانى بالأقلّ ويعطى ديه الجنايه بعد وضع الديه من الجنايه التى اقتصّ منها وعلى ذلک فللمجنى عليه حقّ الاقتصاص بالأقلّ أو مطالبه الديه لجنايته.

[1] إذا قطع الجانى الذى يده ناقصه إصبع يداً كامله يثبت للمجنى عليه الاقتصاص من الجانى بقطع يده الناقصه، وهل له مع ذلک مطالبه الجانى بالديه لأصبعه أو أصابعه؟

قال الشيخ فى الخلاف: نعم، لأنّه ليس للجانى الاصبع أو الأصابع فينتقل الأمر فيها إلى الديه.

لا يقال: إذا قطع الجانى ذو اليد الشلاّء اليد الصحيحه من آخر، فقد تقدّم أنّ للمجنى عليه قطع اليد الشلاّء من الجانى. فإنّه يقال: ليس الفرض كما فى الجانى الأشل، لأنّ اليد الشلاّء تامّه، ولكن غير صحيحه بخلاف الفرض فى المقام فإنّ يد الجانى فاقده للأصبع الذى قطع بقطع اليد.

وفصّل فى المبسوط بين ما كان النقص فى يد الجانى بالجنايه التى أخذ ديتها فللمجنى عليه المطالبه بالديه وإلاّ فلا حقّ له إلاّ بقطع يده الناقصه.

....

الشَرح:

ويستدلّ على التفصيل بما رواه الكلينى والشيخ بإسنادهما عن سوره بن كليب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئل عن رجل قتل رجلاً عمداً وكان المقتول أقطع اليد اليمنى فقال: «إن قطعت يده فى جنايه جناها على نفسه أو كان قطع فأخذ ديه يده من الذى قطعها فإن أراد أولياؤه أن يقتلوا قاتله أدّوا إلى أولياء قاتله ديه يده من الذى قيد منها إن كان أخذ ديه يده ويقتلوه، وإن شاؤوا طرحوا عنه ديه يد وأخذوا الباقى» قال: «وإن كانت يده قطعت فى غير جنايه جناها على نفسه ولا أخذ لها ديه قتلوا قاتله ولا يغرم شيئاً، وإن شاؤوا أخذوا ديه كامله» قال: «هكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام (1).

أقول: مع الاغماض عن سند الروايه لعدم ثبوت توثيق لسوره بن كليب ولا أقلّ من تردّده بين الأسدى والنهدى مدلولها ما إذا كان المجنى عليه بالقتل ناقص العضو دون الجانى، والمفروض فى المقام كون المجنى عليه بغير القتل تامّ العضو والجانى ناقصاً، فلا يمكن التعدّى من الأوّل إلى الثانى حتّى مع فرض العمل بالروايه.

وذكر جماعه أنّه لو كان المجنى عليه ناقص العضو كما إذا قطع من كانت يده تامّه يداً ناقصه يقتصّ من الجانى بعد دفع ديه النقص للجانى. وفى استظهاره من روايه سوره بن كليب مع ضعف سندها وورودها فى القتل تأمّل.

نعم، ربّما يستظهر ذلک من روايه الحسن بن العباس بن الحريش عن أبى جعفر الثانى قال: قال أبو جعفر الأول عليه السلام لعبداللّه بن عباس: «يابن عباس انشدک اللّه هل فى حكم اللّه اختلاف قال فقال: لا ، قال: فما تقول فى رجل قطع رجل أصابعه بالسيف حتّى سقطت فذهبت وأتى رجل آخر فأطار كفّ يده فأتى به إليک وأنت

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 50 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 82.

ولو قطع اصبع رجل فسرت إلى كفّه ثمّ اندملت ثبت القصاص فيهما[1] الشَرح:

قاض كيف أنت صانع؟ قال: أقول لهذا القاطع أعطه ديه كفّه، وأقول لهذا المقطوع صالحه على ما شئت وأبعث إليهما ذوى عدل، فقال له: قد جاء الاختلاف فى حكم اللّه ونقضت القول الأول، أبى اللّه أن يحدث فى خلقه شيئاً من الحدود وليس تفسيره فى الأرض، أقطع يد قاطع الكفّ أصلاً، ثمّ اعطه ديه الأصابع هذا حكم اللّه»(1). ولكنّ الروايه ضعيفه سنداً، ومقتضى إطلاق ما دلّ على القصاص قطع يد الجانى بلا ردّ شىء عليه.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو قطع عمداً اصبعاً من آخر فسرت جراحه الاصبع إلى الكفّ بحيث سقطت كفّه ثمّ انقطعت السرايه بحيث اندملت كان للمجنى عليه الاقتصاص من اصبع الجانى وكفّه بقطعهما، ولو أراد المجنى عليه الاقتصاص بقطع اصبع الجانى ومطالبه الأرش لكفّه فليس له ذلک إلاّ أن يرضى الجانى فإنّ حقّه منحصر فى القصاص.

أقول: فيما ذكره قدس سره تأمّل لما تقدّم من أنّ السرايه إذا لم تكن عمديه ولا عاديه لا تحسب من الجنايه العمديّه، فعليه فإن اتّفقت من غير قصد السرايه حتّى سقطت كفّه فليس للمجنى عليه إلاّ القصاص فى الأصبع وله مطالبه الديه لكفّه الساقطه.

نعم، إذا كان الجرح بقصد السرايه وإسقاط يده أو كان أمراً غالبياً كما إذا كان بآله مسمومه ثبت للمجنى عليه القصاص، كما يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس عند السرايه الغالبيه والعمديّه.

ولا يقاس ذلک بما إذا كانت الجنايه على العضو متعدّده كما إذا قطع أصابعه أوّلاً ثمّ قطع كفّه ثانياً فإنّ على المجنى عليه القصاص فى كلّ من الأصابع والكفّ فالسرايه فيما إذا كانت موجبةً للقصاص يكون إذا قطع كفّه من مفصل الكوع فإنّه يوجب القصاص

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب القصاص الطرف، الحديث 1: 129.

وهل له القصاص فى الأصبع وأخذ الديه فى الباقى؟ الوجه لا لإمكان القصاص فيهما ولو قطع يده من مفصل الكوع ثبت القصاص ولو قطع معها بعض الذراع اقتصّ فى اليد [1]وله الحكومه فى الزايد. ولو قطعها من المرفق اقتصّ منه ولا يقتصّ فى اليد ويأخذ ارش الزايد والفرق بيّن.

الشَرح:

بالمثل بقطع يد الجانى من الكوع.

[1] ذكر قدس سره أنّه لو قطع عمداً يده من الكوع أى من مفصل الكفّ الذى يلى الإبهام ثبت القصاص أخذاً بإطلاق ما دلّ على القصاص فى الأعضاء والجروح ولكن لو قطع مع كفّه بعض الذراع أيضاً ثبت القصاص فى اليد فيقطع من الجانى يده من الكوع ويؤخذ منه فى الزايد بالحكومه حيث لا يجرى القصاص على الزايد فإنّه يدخل فى بعض العضو الداخل قطعه فى كسر العظام.

وهذا بخلاف ما إذا قطع يده من المرفق، وليس له القصاص فى اليد بقطعها من الكوع ومطالبه ارش الزايد، أى ديته، وذلک لأنّ القصاص فيما إذا كان القطع من المرفق ثابت فيكون الأخذ بغيره موقوفاً على التراضى بل جواز قطع يده من الكوع والأخذ بالارش على الزايد محلّ إشكال، لأنّه ليس له حقّ القطع من الكوع حتّى مع رضا الجانى ولا يقاس بما تقدّم فى مثل المأمومه من جواز القصاص فى الأقلّ والأخذ فى الزياده بأرش، حيث أنّ الجنايه بالأقل كانت واقعه من الجانى بخلاف المقام.

أقول: فيما إذا كانت الجنايه بقطع اليد من بعض الذراع فمجرّد ذلک لا يوجب دخولها فى عنوان كسر العظام المنفى فيه القصاص فإن أمكن القطع بمثله ثبت القصاص وإلاّ ثبتت الديه أى ديه اليد ولا موجب لجواز الاقتصاص بقطع يد الجانى من الكوع، لعدم وقوعه من الجانى حتّى يقتصّ منه بمثله، والجنايه إذا وقعت على بعض الذراع ولم يمكن القصاص ثبت فيه ديه اليد لما يأتى من عدم اختلاف الديه فى

الثانيه: إذا كان للقاطع اصبع زايده[1] وللمقطوع كذلک ثبت القصاص لتحقق التساوي، ولو كانت الزايده للجانى[2] فإن كانت خارجه عن الكفّ اقتصّ منه أيضاً لأنّها تسلم للجانى، وإن كانت فى سمت الأصابع منفصله ثبت القصاص فى الخمس دون الزايده ودون الكف وكان فى الكفّ الحكومه ولو كانت متصله ببعض الأصابع جاز الاقتصاص فيما عدا الملتصقه وله ديه اصبع والحكومه فى الكفّ، أمّا لو كانت الزايده للمجنى عليه فله القصاص وديه الزايده وهو ثلث ديه الأصليه.

الشَرح:

الجنايه على اليد بذلک.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا كان للقاطع إصبع زايده وكذا للمقطوع ثبت القصاص، لتحقّق المساواه والمماثله وقيّده فى الجواهر(1) بما إذا كان الأصبع الزايده من كلّ منهما مماثله للزايده للآخر حتّى فى المحلّ، ولكن سنذكر أنّه لا يعتبر هذه المماثله بل المماثله بين اليدين فى اليمنى واليسرى كافيه فى جواز الاقتصاص.

[2] حاصله انّه إذا كانت الزياده فى يد أحدهما فقط فإن كانت فى يد الجانى وكانت الزايده خارجه عن كفّه بأن كانت فى ساعده مثلاً يثبت القصاص عليه فى كفّه، يعنى يقطع المجنى عليه كفّ الجانى، لأنّ الزياده فى الفرض تبقى للجانى.

وأمّا إذا لم تكن خارجه عن الكفّ فإن كانت فى سمت الأصابع غير ملتصقه باصبع يثبت القصاص فى الأصابع الأصليه من الجانى، يعنى يقطع المجنى عليه الأصابع الأصليه من الجانى ويبقى كفّه واصبعه الزايده ويرجع المجنى عليه فى الكفّ الذى لم يقطعه للتغرير على الجانى إلى الحكومه.

وأمّا إذا كانت الزياده ملتصقه باصبع الجانى يثبت للمجنىّ عليه الاقتصاص فى

1- (1) جواهر الكلام: 24/403.

....

الشَرح:

غير تلک الأصبع ويرجع فى اصبعه التى لم يتمكن من الاقتصاص منه إلى ديتها كما يرجع فى الكفّ إلى الحكومه.

أقول: قد تقدّم انّ القصاص يثبت بالجنايه وإذا كانت الجنايه واحده والاقتصاص منها ممكن ثبت القصاص وإلاّ يرجع إلى الديه، فالجنايه التى صدرت من الجانى قطع يد المجنى عليه لا قطع أصابعه، وإذا كانت اليد المشتمله على أصبع زايده من الجانى مماثله مع يد المجنى عليه كما هو كذلک ولو لم يكن فى يد المجنى عليه اصبع زايده تقطع يد الجانى فإنّ اصبعه الزايده لا حرمه له بعد ثبوت القصاص من يده وإن لم تكن مماثله فرضاً ينتقل الأمر إلى الديه ولا وجه لثبوت القصاص فى الأصابع، لأنّ الجنايه الصادره من الجانى وقعت على اليد لا على الأصابع.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كانت الزياده للمجنى عليه ثبت له القصاص من يد الجانى.

والمشهور كما التزم به الماتن أيضاً انّ المجنى عليه حيث لا يمكن له القصاص باصبعه الزايده يأخذ من الجانى ديتها وهو ثلث ديه الأصليّه، بل فى كلمات بعضهم دعوى الاجماع عليه، ولكن لم يثبت الديه فى الأصبع الزايده فى الفرض، لأنّه لم يقع الجنايه عليها، بل وقعت على اليد وكون اليد باليد فى القصاص مقتضاه عدم استحقاق المجنى عليه أزيد منها وقد تقدّم الكلام فى ذلک فيمن يده ناقصه اصبعاً أو أزيد وقد قطع اليد الكامله من الآخر، حيث ذكرنا أنّه ليس للمجنى عليه إلاّ قطع يده الناقصه اصبعاً أو أزيد.

نعم، إذا قطعت الاصبع الزايده من المجنى عليه أوّلاً ثمّ قطع يده استحقّ المجنى عليه المطالبه بارش الأصبع الزايده وقطع يده بيده.

ولو كانت له أربع أصابع أصليه وخامسه غير أصليّه لم يقطع يد الجاني إذا كانت أصابعه كامله أصليه وكان للمجنى عليه القصاص فى أربع وأرش الخامسه[1].

أمّا لو كانت الأصبع التى ليست أصليه للجانى ثبت القصاص، لأنّ الناقص يؤخذ بالكامل، ولو اختلف محل الزايده لم يتحقّق القصاص كما لا يقطع إبهام الشَرح:

[1] قد يفرض الكلام فيما إذا قطع الجانى الأصابع من المجنى عليه خاصّه وكانت الأصابع الأربع من المجنى عليه أصليه والأخرى غير أصليه يتمّ ما ذكره قدس سره من أنّ المجنى عليه يقتصّ من أصابعه الأصليه ويرجع فى الزايده إلى الديه حيث لا مورد للقصاص منه.

وأمّا إذا انعكس الأمر بأن تكون الأصابع الأربع من الجانى أصليّه والأخرى زايده ثبت القصاص للمجنى عليه فى جميع أصابعه، لأنّ الناقص يؤخذ بالكلّ على ما تقدّم من الاقتصاص من اليد الشلاّء باليد الصحيحه، ولكن هذا خلاف فرض الماتن وظاهره وقوع الجنايه على اليد وعدم تساوى اليدين فى الأصابع، ففى الفرض قد تقدّم أنّ القصاص يقع على اليد لا على الأصابع، فلا فرق فى ذلک بين كون اليد التى بعض أصابعها غير أصليه من الجانى أو المجنى عليه فيثبت القصاص فى نفس اليد ولا اعتبار بالأصابع.

ومما ذكر يظهرالحال فيما كان الاختلاف بين اليدين فى الانمله أو فى الاصبع الزايده التى نبتت على الأصبع الأصليه فإنّه إن وقعت الجنايه فى الفرض على اليد فالأمر كما تقدّم، وإن وقعت على الأصابع من أصلها فهو أيضاً كما تقدّم بالإضافه إلى اختلاف الانمله والاصبع الزايده النابته على الاصبع، وأمّا إذا نبتت على الكفّ فلا يقطع أصليه بتلک الزايده.

بخنصر، ولو كانت لأنمله طرفان فقطعهما. فإن كان للجانى مساويه ثبت القصاص لتحقّق التساوى[1] وإلاّ اقتصّ وأخذ الأرش للطرف الآخر، ولو كان الطرفان للجانى لم يقتصّ منه وكان للمجنى عليه ديه أنملته وهو ثلث ديه الاصبع.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره أنّه لو كان لأنمله طرفان فقطعهما الجانى، فإذا كان الجانى متساوياً مع المجنى عليه بأن كان له أيضاً أنمله لها طرفان قطعهما المجنى عليه قصاصاً، وإلاّ قطع المجنى عليه أنملته وأخذ الارش لأنملته الاخرى التى لا يمكن القصاص منها.

وأمّا إذا انعكس الأمر بأن كان لأنمله الجانى طرفان ولم يكن لأنمله المجنى عليه كذلك لم يقتصّ من الجانى بل يأخذ ديه أنملته لعدم إمكان القصاص بالعقد المماثل أو للتعزير بالجانى بزياده القصاص عن جنايته، وديه الأنمله ثلث ديه الاصبع فى غير الإبهام ونصفها فى الإبهام على ما يأتى.

أقول: كان على المصنّف أن يلتزم بأنّه يجوز فى الفرض قطع طرفى الانمله من الجانى وردّ الديه الزايده وأيضاً يمكن الالتزام بأنّه إذا تميّز الطرف الأصلى من غير الأصلى وأمكن قطع الأصلى منفرداً جاز القصاص، وإذا لم يمكن إلاّ بقطعهما قطعهما ويعطى ديه الزايده لو كان المستند فى بعض المسائل السابقه روايه الحسن بن العباس بن الحريش المتقدّمه(1)، فإنّ هذا أيضاً داخل فى مقتضاها وإلاّ فلا ردّ أصلاً.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 10 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 1: 129.

ولو قطع من واحد الأنمله العلياء ومن آخر الوسطى[1] فإن سبق صاحب العلياء اقتصّ له وكان للآخر الوسطى وإن سبق صاحب الوسطى أخر فإن اقتصّ صاحب العليا اقتصّ لصاحب الوسطى بعده وإن عفا كان لصاحب الوسطى القصاص إذا ردّ ديه العليا ولو بادر صاحب الوسطى فقطع فقد استوفى حقّه وزياده فعليه ديه الزياده ولصاحب العليا على الجانى ديه أنملته.

الشَرح:

[1] ذكر قدس سره إذا جنى على أحد بقطع أنملته العليا وعلى شخص آخر بقطع انملته الوسطى بأن لم يكن لهذا الآخر الانمله الاولى كان للمجنى عليه الأول قطع الانمله العليا من الجانى، ولو سبق إلى الاقتصاص من الجانى لم يمنع ويكون للمجنى عليه الثانى بعده قطع انملته الوسطى، فإن أراد المجنى عليه بقطع انملته الوسطى القصاص منع حتّى يقتصّ الأول من انملته العليا.

نعم، لو عفا الأول عن القصاص مجّاناً أو على مال ثبت للثانى الاقتصاص من أنملته الوسطى مع ردّ الديه على الجانى كما هو مقتضى خبر الحسن بن العباس بن الحريش المتقدّم.

ولو بادر فى الفرض المجنى عليه بقطع أنملته الوسطى فقطع الأنمله الوسطى من الجانى فقد استوفى حقّه مع زياده، فعليه ردّ ديه الانمله الاولى للجانى، لما تقدّم من أنّه إذا لم يمكن القصاص ينتقل الأمر إلى الديه.

أقول: قد تقدّم فى مسأله ما إذا قطع الجانى يد أحد وقتل آخر يجوز لأولياء الثانى الاقتصاص من الجانى بقتله وللمجنى عليه قطع يده فلو بادر المجنى عليه بالاقتصاص من الجانى بقطع يده فهو ولو بادر أولياء المقتول بقصاص النفس كان لهم ذلک لكونهم أولياء القصاص من غير ردّ الديه وبعده يرجع المجنى عليه بالديه لعدم إمكان الاقتصاص بيده المقطوعه.

الثالثه: إذا قطع يميناً فبذل شمالاً

الثالثه: إذا قطع يميناً فبذل شمالاً فقطعها المجنى عليه من غير علم، قال فى المبسوط: يقتضى مذهبنا سقوط القود[1]، وفيه تردّد، لأنّ المتعيّن قطع اليمنى فلا يجزى اليسرى مع وجودها وعلى هذا يكون القصاص فى اليمنى باقياً ويؤخّر حتّى يندمل اليسار توقياً من السرايه بتوارد القطعين.

الشَرح:

ويجرى ذلک فى الجنايه على الأطراف فلو قطع الجانى الأصبع من شخص واليد من شخص آخر فللمجنى عليه الثانى قطع يده من غير ردّ الديه فإن بادر المجنى عليه الأوّل بقطع اصبعه فهو وإلاّ يكون حق مطالبه الديه مطلقاً أو إذا لم يكن للجانى اصبع مماثل فى يده الاخرى باقياً والالتزام بردّ الديه إذا قطع الانمله الوسطى على ما ذكره الماتن لا يمكن المساعده عليها لما ذكر من ضعف الخبر وأنّ الجنايه الصادره من الجانى كانت قطع الانمله الوسطى.

[1] قد تقدّم أنّ الجنايه عمداً على شخص بقطع يده اليمنى يوجب القصاص من الجانى بقطع يده اليمنى، نعم إذا لم يكن له إلاّ اليسرى تقطع يسراه، وفى مفروض المسأله مع وجود اليمنى للجانى قطع المجنى عليه يسراه فذكر الماتن أنّ مع جهل المجنى عليه بأنّ ما يقطعه يسراه بل حتّى مع جهله بأنّ اليسرى لا تقطع باليمنى لا يسقط حقّ الاقتصاص من الجانى بقطع يده اليمنى.

نعم، قال فى المبسوط يقتضى مذهبنا سقوط القود، ولكنّه لا وجه له فإنّ مورد القصاص وهو اليد اليمنى من الجانى وقطع يده اليسرى كقطع عضو آخر منه عالماً فضلاً عن الجهل لا يوجب سقوط القصاص وعلى ذلک يقطع المجنى عليه يمناه، ولكن بعد اندمال اليسرى توقّياً من تغرير نفس الجانى من سرايه الجرحين، وحيث انّ المجنى عليه كان جاهلاً فى قطعه يسراه فلا يكون للجانى القصاص من تلک اليد بل يأخذ ديه يده اليسرى من المجنى عليه مع جهله أيضاً بالحال، حيث يحسب جنايه

وأمّا الديه فإن كان الجانى سمع الأمر بإخراج اليمنى فأخرج اليسار مع العلم بأنّها لا تجزى وقصده إلى إخراجها فلا ديه أيضاً.

ولو قطعها مع العلم، قال فى المبسوط: سقط القود إلى الديه، لأنّه بذلها للقطع فكانت شبهه فى سقوط القود وفيه إشكال، لأنّه أقدم على قطع ما لا يملكه فيكون كما لو قطع عضواً غير اليد وكلّ موضع لزمه ديه اليسار يضمن السرايه ولا يضمنها لو لم يضمن الجنايه ولو اختلفا فقال: بذلتها مع العلم لا بدلاً فأنكر الباذل[1] فالقول قول الباذل لأنّه أبصر بنيّته ولو اتّفقا على بذلها بدلاً لم تقع بدلاً.

الشَرح:

المجنى عليه شبه الخطأ بخلاف ما إذا كان عالماً بالحال وإخراج يسراه عمداً فإنّه لا يكون على المجنى عليه الديه مع جهله بالحال لكونه مغروراً والجانى غارّاً كما هو الحال فى تقديم طعام الغير إلى شخص سأل الطعام مجاناً.

نعم، إذا كان المجنى عليه عالماً بالحال وقطع يسراه عمداً تعلّق عليه القصاص بلا فرق بين كون الجانى عالماً بالحال وعدمه، لأنّ القطع جنايه عمداً وعلم الجانى أيضاً بالحال لا يخرجها عن العمد بل قد يقال بتعلّق الديه على المجنى عليه حتّى فى فرض جهله وعلم الجانى بالحال بدعوى الفرق بينه وبين تقديم طعام الغير بأنّ فى الثانى ظاهر تقديم الطعام أنّه ملک للذى يقدّم فيجوز تناوله للمقدّم إليه وهذا بخلاف الفرض الأوّل فإنّ تقديم اليد اليسرى من قبل صاحبها للقطع بدلاً عن اليمنى لا يؤثّر فى جواز قطعها للمجنى عليه مطلقاً سواء كان عالماً بالحرمه أو جاهلاً.

[1] المفروض فى هذه الصوره أيضاً جهل المجنى عليه بأنّ المبذول اليد اليسرى أو أنّها لا تكون بدلاً عن اليمنى فى القطع واختلافهما فى علم الجانى فالمجنى عليه بعد قطعه اليسرى يدعى على الجانى الباذل انّک بذلت يسراک مع علملک بأنّها اليسرى ومع علمک بأنّها لا تقطع باليمنى والجانى ينكر علمه فقال أخطأت فى بذل

وكان على القاطع ديتها وله القصاص فى اليمنى لأنّها موجوده، وفى هذا تردّد[1].

الشَرح:

اليسرى أو بذلتها بدلاً عن اليمنى مع جهلى بأنها لا تقطع ففى النتيجه المجنى عليه يدّعى براءه ذمّته عن الديه والجانى يدّعى استحقاقه الديه، وحيث انّ دعوى العلم على الجانى مخالف للأصل فإنّ الأصل عدم علمه بالحال فيحلف على نفى علمه فيأخذ ديه يسراه من المجنى عليه.

ويمكن أن يقال: لابدّ من التفرقه بين دعوى عدم الغفله فى تقديم اليسرى وبين دعوى العلم على الجانى بعلمه بأنّه لا يقطع اليسرى باليمنى، ففى الفرض الثانى مقتضى الأصل عدم علم الجانى بالحكم فيضمن المجنى عليه الديه وأمّا مع اعتراف الجانى بأنّه يعلم بأنّه لا يقطع اليسرى باليمنى ولكن يدّعى خطأه فى بذل يسراه للدهشه ونحوها، فالأصل عدم غفلته فى تقديمه فعليه إثبات غفلته، وحيث لا يمكن إقامه البيّنه على غفلته إمّا أن يحلف المجنى عليه على عدم غفله الجانى فلا يثبت الديه عليه أو يردّ اليمين على الجانى فيحلف على غفلته فيأخذ ديه يسراه.

[1] إذا كان المجنى عليه جاهلاً بأنّ اليسرى لا تقطع باليمنى وكذا الجانى الباذل يتعلّق على المجنى عليه ديه اليسرى وله الاقتصاص فى يمناه، لأنّ مورد القصاص من الجانى أى يمناه موجوده، وما فى المتن من قوله «فى هذا تردّد» لا وجه له.

لا يقال: إذا كان قطع المجنى عليه من جهه عفوه عن قصاص يمناه فى مقابل قطع يسرى الجانى يكون عفوه نافذاً من غير عوض، فإنّ العفو بالعوض إنّما يصحّ إذا كان بالمال لا فى مقابل بذل العضو الآخر.

فإنّه يقال: مقتضى ذلک بطلان العفو لا بطلان العوض أو وقوع العفو بإزاء الديه حتّى يتساقط الديتان بالتهاتر.

ولو كان المقتصّ مجنوناً فبذل له الجانى غيرالعضو فقطعه ذهب هدراً[1] إذ ليس للمجنون ولايه الاستيفاء فيكون الباذل مبطلاً حقّ نفسه ولو قطع يمين مجنون فوثب المجنون فقطع يمينه قيل: وقع الاستيفاء موقعه وقيل: لا يكون قصاصاً، لأنّ المجنون ليس له أهليّه الاستيفاء وهو أشبه، ويكون قصاص المجنون باقياً على الجانى وديه جنايه المجنون على عاقلته.

الشَرح:

[1] وفى الجواهر(1) هذا فيما إذا كان عالماً بأنّ المقتصّ مجنون، وأمّا إذا كان جاهلاً بالحال يثبت له الديه على عاقله المجنون نظير ما يقال فيما إذا وثب المجنون فقطع يمين الجانى.

أقول: قد تقدّم أنّ الجنايه على المجنون لا يوجب الاقتصاص من الجانى، كما أنّ المجنون لا يقتصّ منه بجنايته على الغير، فإنّه لا قود لمن لا يقاد منه كما تقدّم ذلک فى صحيحه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (2).

وعليه، فإن بذل الجانى الذى قطع يد المجنون يده قطعه المجنون فإن كان عالماً بأنّه مجنون تذهب يده هدراً، ويكون عليه ديه يد المجنون، وكذا إذا كان جاهلاً بأنّه مجنون أو جاهلاً بأنّه ليس بمجنون فإنّ الاتلاف يستند إلى نفسه بعد كون المبذول له مجنوناً بناءً على أنّ ما دلّ على تحمّل العاقله الديه لا يعمّ مثل الفرض. وأمّا إذا وثب المجنون فقطع يده يثبت على عاقله المجنون الديه وعلى الجانى أيضاً الديه للمجنون يدفعها إلى وليّه، بل لو قيل بأنّه إذا جنى عاقل على مجنون جنايه تستدعى ثبوت القصاص على الجانى فإن كانت إفاقه المجنون مرجو فهو، وإلاّ ينتقل الأمر إلى الديه فيأخذ وليّه الديه من الجانى سواء كان وليّه الأب أو الجد أو الحاكم مع فقدهما لأنّ حقّ

1- (1) جواهر الكلام: 42/415.
2- (2) الوسائل: ج 19، الباب 28، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 1: 52.

الرابعه: لو قطع يدى رجل ورجليه خطأً

الرابعه: لو قطع يدى رجل ورجليه خطأً واختلفا فقال الولى: مات بعد الاندمال، وقال الجانى: مات بالسرايه، فإن كان الزمان قصيراً لا يحتمل الاندمال فالقول قول الجانى مع يمينه[1]،

الشَرح:

اللاستيفاء فى القصاص غير ثابت للولى فينتقل الأمر إلى الديه.

[1] ذكر قدس سره إذا قطع شخص يدى شخص آخر ورجليه خطأً ثمّ مات المجنى عليه فقال الولى: إنّ المجنى عليه مات بعد الاندمال، فعلى الجانى دفع ديه اليدين والرجلين، وقال الجانى: مات بالسرايه فعليه ديه النفس، فإن لم يكن بين الجنايه وموت المجنى عليه فصل زمانى، بحيث يحتمل فيه الاندمال يقدّم قول الجانى فيحلف على عدم موته بعد الاندمال، فيعطى ديه النفس.

بخلاف ما إذا كان بينهما فصل زمانى معتّد به بحيث يمكن موته بعد الاندمال، ففى هذه الصوره لا يكون قول الجانى مطابقاً للظاهر، بل الاحتمالان متكافئان والجنايتان واقعتان والأصل عدم استناد موته إلى سرايتهما فيثبت على الجانى ديه اليدين والرجلين.

أقول: يمكن المناقشه بأنّه مع قصر الزمان لا يكون ظهور فى موته بالسرايه إذا احتمل موته بسبب آخر كالدهشه من جرحه فالأصل فى عدم السرايه جار حتّى فيما إذا كان الزمان قصيراً لا يحتمل فيه الاندمال عادةً وعليه يكون الوليّ منكراً للسرايه فيحلف على عدمها فيأخذ الديّتين من غير فرق بين القول بأنّ السرايه مسقطه للديتين إلى ديه النفس أو كاشفه عن ثبوت ديه النفس من الأول، فإنّ على الثانى أيضاً يكون ثبوت الجنايه على اليدين والرجلين وجداناً مع ثبوت عدم السرايه بالحلف محرزاً لموضوع الديتين فلا تصل النوبه إلى عدم ثبوت الديتين على عهده الجانى.

وممّا ذكر يظهر الحال فيما إذا كان الفصل بين الجنايه وموته طويلاً بحيث

فإن أمكن الاندمال فالقول قول الولى، لأنّ الاحتمالين متكافئان والأصل وجوب الديتين، ولو اختلفا فى المده فالقول قول الجانى، أمّا لو قطع يده فمات وادعّى الجانى الاندمال فادّعى الولى السرايه فالقول قول الجانى إن مضت مده يمكن الاندمال[1]ولو اختلفا فالقول قول الولى، وفيه تردّد.

ولو ادّعى الجانى أنّه شرب سمّاً فمات، وادّعى الولى موته من السّرايه الشَرح:

يحتمل الاندمال، وأنّه يقدّم قول الولى ولا يجرى فيه أنّ قول الجانى موافق لظاهر الحال كما فى الفرض السابق، فيحلف على عدم السرايه فيأخذ الديتين كما تقدّم.

وممّا ذكر يظهر أنّ ما ذكر الماتن قدس سره من أنّه لو اختلف الجانى والولى بأن قال الجانى: المدّه بين الجنايه والموت كانت قليله لا يندمل الجرح فيها، وقال الولى: كانت كثيره بحيث يندمل فيها، فإنّه يقدّم قول الجانى، وكأنّه لأصاله بقاء الجرح إلى زمان موته. ولكن فيه ما ذكرنا فإنّ الاستصحاب فى بقاء الجرح لا يثبت سرايته إلى النفس الموجبه لتعيّن ديه النفس بل مقتضى الاستصحاب فى عدم السرايه تقديم قول الولى فيخلف على عدم السّرايه فيثبت على الجانى الدّيتان.

[1] مراده قدس سره أنّه إذا كانت الجنايه موجبه لنصف الديه كقطع إحدى يديه ثمّ مات وقال الولى: مات بالسرايه، فعلى الجانى ديه النفس، وقال الجانى: مات بعد الاندمال، فليس عليه إلاّ ديه اليد، فالقول قول الجانى لما تقدّم من أنّ الأصل عدم السرايه.

ولكن قيّد الماتن تقديم قول الجانى بما إذا كان الفصل بين الجنايه والموت بحيث يمكن اندمال فيه، ومقتضى التقييد أنّه فى فرض خلاف ذلک يقدّم قول الولى ولكن قد تقدّم عدم اعتبار الظهور حيث يحتمل استناد موته إلى سبب آخر كالدهشه والخوف لا إلى السرايه، وما ذكره قدس سره من أنّه فى صوره اختلافهما فى المدّه يقدّم قول الولى وكأنّه لأصاله عدم مضى المدّه بين الجنايه والموت، قد تقدّم أنّ مثل هذا الأصل

الخامسه: لو قطع اصبع رجل ويد آخر

فالاحتمال فيهما سواء[1]، ومثله الملفوف فى الكساء إذا قدّه بنصفين وادّعى الولى أنّه كان حيّاً وادّعى الجانى أنّه كان ميّتاً فالاحتمالان متساويان فيرجّح قول الجانى بما أنّ الاصل عدم الضمان، وفيه احتمال آخر ضعيف.

الخامسه: لو قطع اصبع رجل ويد آخر اقتصّ للأوّل ثم للثانى[2] ويرجع بديه اصبع، ولو قطع اليد اوّلاً ثمّ الاصبع من آخر اقتصّ للأول وأُلزم للثانى ديه الاصبع.

الشَرح:

لا يثبت السرايه التى موضوع لثبوت ديه النفس، ولعّله لذلک ذكر التردّد فى تقديم قول الولى.

[1] لا يخفى أنّ الموضوع لثبوت ديه النفس هو قتل الآخر خطأً ولو كان القتل بالسرايه والاستصحاب فى عدم شربه سمّاً لا يثبت أنّ موته يستند إلى قطع إحدى يديه بل الأصل فى عدم السرايه جار لا معارض، فيثبت على الجانى نصف ديه النفس.

ومما ذكر يظهر الحال فى الملفوف فى الكساء، فإنّ الاستصحاب فى حياته لا يثبت أنّ قدّه نصفين كان قتله حتّى يثبت مع التعمّد القصاص ومع الخطأ ديه النفس.

وعلى الجمله، الحكم فى الفرضين تقديم قول الجانى مع يمينه حتّى فيما إذا قدّ الملفوف فى الكساء وادّعى الولى أنّه كان حيّاً وقال الجانى كان ميّتاً فإنّه يجرى الاستصحاب فى عدم استناد الموت إلى الجانى وعدم كونه قاتلاً، والاستصحاب فى حياته لا يثبت استناد الموت إلى الجانى وأنّه قتله.

[2] ذكر قدس سره أنّه إذا جنى على أحد بقطع اصبعه ثمّ جنى على آخر بقطع يده يتعيّن للأوّل الاقتصاص من الجانى بقطع الاصبع ثمّ يقتصّ الآخر منه من قطع يده ويأخذ هذا الثانى من الجانى ديه الاصبع أيضاً لمكان أصبعه الذى لم يقتصّ منه، وأمّا إذا قطع يد شخص أوّلاً ثمّ قطع من آخر اصبعه يقتصّ الاوّل بقطع يد الجانى والثانى يرجع إلى ديه اصبعه لعدم بقاء مورد

القصاص منه، وكأنّ كلّ ذلک لثبوت حقّ الأولويه لمن جنى عليه أوّلاً وأنّه اقتصّ المجنى عليه من يده الناقصه بالاصبع يأخذ ديه مكان النقص.

ص :317

السادسه: إذا قطع أصبعه فعفا المجنى عليه قبل الاندمال، فإن اندملت فلا قصاص ولا ديه، لأنّه إسقاط لحقّ ثابت عند الابراء[1].

الشَرح:

وقد تقدّم منع كلا الأمرين، لأنّ الثابت لكلّ من المجنى عليهما حقّ الاقتصاص من الجانى بلا فرق بين كون الجنايتين بالإضافه إلى شخصين تدريجيه أو دفعيه وكلّ منهما إذا سبق فإن كان للاقتصاص مورد يقتصّ من غير استحاقه الرجوع إلى ديه النقص، وإن لم يبق للاقتصاص مورد يأخذ الديه، لعدم إمكان الاقتصاص لما دلّ على أنّ مع عدم إمكان القصاص لا يذهب الدم هدراً.

[1] المراد أنّه إذا قطع اصبعه عمداً فإن عفا المجنى عليه قبل الاندمال وكذا إذا عفا فيما يوجب الديه على الجانى كما لو قطع اصبعه خطأً فاندملت، يكون عفوه فى الأوّل موجباً لسقوط القصاص، وفى الثانى لسقوط الديه، حيث انّ المجنىّ عليه يستحقّ الاقتصاص فى الأوّل والديه فى الثانى بمجرّد حدوث الجنايه، كما هو ظاهر خطابات القصاص والديه.

ودعوى توقّف استحقاقه أحدهما يكون بالاندمال لما ورد فى موثقه اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «لا يقضى فى شىء من الجراحات حتّى تبرأ»(1)، ومقتضاها توقّف الحكم فى الجراحات على الاندمال، مدفوعه بأنّ هذا يكون فى الموارد التى يكون للاندمال أثر فى تغيير الحكم، وأمّا فى ما لم يكن الحكم متغيّراً بالاندمال فلا معنى لإيقاف الحكم فيه على الاندمال، كما إذا قطع اصبعه عمداً وسرى اتفاقاً إلى الكفّ فإنّ هذه السرايه لا توجب سقوط القصاص من اصبع الجانى، غايه الأمر أنّه إذا اندملت يكتفى بالقصاص من اصبعه وإذا سرت يأخذ المجنى عليه ديه كفّه أيضاً.

1- (1) الوسائل: ج 19، الباب 42 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2: 211.

....

الشَرح:

نعم، فى ما إذا قطع اصبعه بقصد أن ينقطع كفّه أو كانت الجراحه مسريه عادةً فإنّه إذا اندملت يقتصر فيه على القصاص بالاصبع وإذا سرت إلى الكفّ يؤخذ القصاص من الكفّ ففى هذه الصوره وان كان يتوقّف ما يستحقّه المجنى عليه من القصاص بأنّه من الاصبع أو من الكفّ على الاندمال وعدمه إلاّ أنّه لا مانع من عفوه عن الجنايه سواء كان موجبها القصاص من الجانى باصبعه أو كفّه.

وهكذا لو قيّد عفوه بما إذا كان موجبها القصاص من الاصبع سقط القصاص إذا اندملت دون ديه الكفّ إذا سرت، فنفوذ العفو عن الاقتصاص بإصبعه مع فرض الاندمال ولو فيما بعد، لا يتوقّف إلاّ على إحراز الحقّ الفعلى ومادام لم تسر الجنايه فحقّ المجنى عليه القصاص فى الاصبع فقط.

نعم إذا سرت إلى الكفّ يكون له الحقّ فى أخذ ديه الكفّ أيضاً إذا لم تكن السرايه موجبه للقصاص ومع كونها موجبه له، يتبدّل إلى القصاص فى الكفّ.

وعلى ذلک، فلو قطع اصبع الجانى قصاصاً ثمّ سرت جراحه المجنىّ عليه إلى الكفّ يكون له القصاص من كفّ الجانى إذا كانت السرايه موجبه للقصاص. فإن كان المجنى عليه عالماً بتلک السرايه، يكون للجانى أيضاً حقّ الاقتصاص من اصبعه التى قطعها المجنى عليه أو أخذ ديتها كما هو الحال فى صوره جهل المجنىّ عليه بالسرايه. كما أنّ عفو المجنى عليه فى هذه الصوره قبل السرايه عن الجنايه عليه فى اصبعه لا أثر له فى سقوط ديه الكفّ أو القصاص فيه حيث أنّه إسقاط لما لا يجب، حيث انّ الديه تثبت بعد سقوط الكفّ بالسرايه الاتفاقيه والقصاص فيها أيضاً يثبت بعد سقوط الكفّ بالسرايه الموجبه للقصاص.

ونفوذ العفو فى بعض الموارد كأخذ الطبيب البراءه عن ولىّ المريض، لا يوجب

ولو قال: عفوت عن الجنايه، سقط القصاص والديه، لأنّها لا تثبت إلاّ صلحاً، ولو قال: عفوت عن الجنايه، ثمّ سرت إلى الكفّ سقط القصاص فى الاصبع وله ديه الكف، ولو سرت إلى نفسه كان للولى القصاص فى النفس بعد ردّ ما عفا الشَرح:

تسريته إلى غيره مما لم يتمّ فيه دليل خاص على نفوذ البراءه.

ولو كانت جنايه الجانى عمديّه فعفا المجنى عليه الجنايه للجانى سقط عنه القصاص منه كما لا يكون عليه ديه، لأنّ ثبوت الديه فى الجنايه العمديه يكون بالصلح أى عفو حقّ القصاص بالديه برضا الجانى، والمفروض عفو المجنى عليه الجنايه بلا عوض.

ثمّ ذكر قدس سره أنّ عفا المجنى عليه عن الجنايه العمديه على اصبعه ثمّ سرت الجراحه إلى كفّه سقط القصاص فى اصبعه حيث عفا عنه ولكن يكون على الجانى ديه الكفّ وعلّل بعضهم أنّه يلزم من عفو الجنايه العمديه على اصبعه عفو ما يحدث منها بمعنى أنّ السرايه فى الجنايه على العضو لا يوجب القصاص وان كان يثبت القصاص فى النفس بالسرايه ولكن لا قصاص فى الأطراف بالسرايه.

ولا يخفى ما فيه، فإنّه إذا كانت السرايه اتفاقيه فلا توجب القصاص لا فى الأطراف ولا فى النفس، وإنّما توجب الديه، وإن كانت الجنايه بقصد السرايه أو كونها بآله تسرى عاده يثبت القصاص بالسرايه فى الأطراف وفى النفس، لصدق كونها جنايه عمديه.

وما ذكر الماتن قدس سره من أنّ فى الجراحه بقطع الاصبع فيما لو سرت إلى النفس يثبت القصاص على إطلاقه، غير صحيح، فإنّه إنّما يكون كذلك إذا كانت السرايه مقصوده للجانى أو كانت السرايه إلى النفس أمراً عادياً غالبياً، وإلاّ فعلى الجانى الديه كما أنّه فيما كانت السرايه إلى الكفّ اتفاقيه يثبت ديتها وإلاّ ثبت القصاص فى الكفّ،

عنه[1]، ولو صرّح بالعفو صحّ فيما كان ثابتاً وقت الابراء وهو ديه الجرح، أمّا القصاص فى النفس أو الديه ففيه تردّد، لأنّه إبراء مما لم يجب، وفى الخلاف: يصحّ العفو عنها وعمّا يحدث عنها فلو سرت كان عفوه ماضياً من الثلث، لأنّه بمنزله الوصيه.

الشَرح:

غايه الأمر يكون على المجنى عليه مع الاقتصاص بالاصبع أوّلاً مع جهله بسرايه جرحه ديه اصبع الجانى بل مع علمه بها أيضاً إذا قلنا بعدم مورد القصاص مع سقوط كفّه وانّ الاصبع من كفّه الآخر لا يقوم مقامه.

[1] قد ظهر مما تقدّم أنّه لا أثر لعفو المجنى عليه فى صوره السرايه إلى النفس بل إذا كانت السرايه موجبه للقصاص يكون للولى القصاص من غير ردّ شىء ولو مع عفو المجنى عليه عن جنايته فإنّ الجنايه موجبه للقصاص فى النفس، وهذا حقّ الولى دون المجنى عليه، وأمّا إذا كانت موجبه للديه فالديه وإن كانت ملكاً للميت ويعمل معها معامله التركه إلاّ أنّها تثبت بموت المجنى عليه، فإسقاط المجنى عليه ديه النفس إسقاط لما لا يجب، كما لا يخفى.

وعلى الجمله فيما إذا لم تعدّ السرايه إلى النفس قتلاً عمدياً تكون الجراحه المفروضه مما يقتصّ بها، فإن اقتصّ المجنى عليه بها فالاقتصاص حقّه وإذا سرت إلى النفس يكون على الجانى ديه نفسه بموته فلا يكون أثر لعفوه عن ديه النفس فإنّ العفو فى الحقيقه إبراء وإسقاط لما لم يجب عند العفو.

نعم إذا عفا عن القصاص فى الجراحه مع سرايتها إلى نفسه ولو فيما بعد نفذ العفو فى القصاص من الجراحه ولا ينفذ فى إسقاط الديه.

ودعوى أنّ العفو عن الديه وصيّه لحسابها من ثلثه كماترى.

وأمّا إذا كانت السرايه موجبه للقصاص فى النفس فلا ينفذ عفوه أصلاً، فإنّ

السابعه: لو جنى عبد على حرّ

السابعه: لو جنى عبد على حرّ جنايه تتعلّق برقبته فإن قال: أبرأتک، لم يصح، وإن أبرأ السيد صحّ، لأنّ الجنايه وإن تعلّقت برقبه العبد فإنّه ملک للسيد، وفيه إشكال من حيث أنّ الابراء إسقاط لما فى الذمّه، ولو قال: عفوت عن أرش هذه الجنايه صح[1].

ولو ابرأ قاتل الخطأ المحض لم يبرأ[2]، ولو ابرأ العاقله أو قال: عفوت عن أرش هذه الجنايه صحّ، ولو كان القتل شبيه العمد فإن ابرأ القاتل أو قال: عفوت عن أرش هذه الجنايه صحّ، ولو أبرأ العاقله لم يبرأ القاتل.

الشَرح:

القصاص ولايه ثابته لأوليائه بموته بل لو اقتصّ قبل موته فى الجراحه يكون عليه ديه الجراحه تؤخذ من تركته، لأنّ القصاص مع عدم علمه بالسرايه يعدّ جنايه خطئيه على الجانى فيكون له على المجنى عليه ديتها.

[1] [ما ذكر قدس سره مبنىّ على التفرقه بين الإبراء والعفو بأنّ الأول إسقاط لما فى الذمّه قبل الإسقاط، وإذا لم يكن فى الذمّه شيئاً قبله بل يتحقّق فى الذمّه فيما بعد يكون إسقاطاً لما لا يجب فلا يصحّ بخلاف الثانى، يعنى العفو، فإنّ المعفو عنه يعمّ ما لم يثبت فى الذمّه بأن يكون شيئاً إذا دفعه الغير يستحقّه كما إذا كانت جنايه العبد على الحرّ بما ينقص أرشها عن قيمه العبد فإنّه لو ادّعى المولى الأرش فهو وإلاّ يكون للمجنى عليه استرقاقه بالحصّه، فيباع العبد فيأخذ أرش الجنايه ويدفع الباقى إلى مولاه ففى مثل الفرض إذا عفا المجنى عليه عن الأرش صحّ ونفذ.

[2] هذا مبنى على ما هو المشهور من أنّ معنى تحمّل العاقله الديه فى الخطأ المحض اشتغال ذممهم، وعلى ذلک يكون إبراء القاتل بالخطأ المحض لغواً ولم تبرأ ذمّه العاقله. وأمّا بناءً على اشتغال ذمّه الجانى بالديه بلا فرق بين الخطأ المحض والعمد لخطأ وإنّما العاقله فى الخطأ المحض مكلّفون بإفراغ ذمّته صحّ الإبراء ولم يجب على

....

الشَرح:

العاقله دفع الديه ولو ابرأ العاقله فى العمد لخطأ لكان الإبراء لغواً، لأنّ العاقله لا شأن لهم فى الجنايه التى من شبيه العمد، نعم إذا عفا الجانى أو أبراه فى هذا الفرض نفذ.

والحمد للّه أولاً وآخراً

****

ص :323

محتويات الكتاب

القسم الأول: فى قصاص النفس

الفصل الأول: فى الموجب ... 6

المباشره فيى القتل ... 11

مراتب التسبيب ... 12

المرتبه الأولى: انفراد الجانى بالتسبيب المتلف ... 12

(الثانيه): إذا ضربه بعصا... فمات ... 17

(الثالثه): لو طرحه فى النار فمات ... 18

(الرابعه): السرايه عن جنايه العمد ... 22

(الخامسه): لو ألقى نفسه من علوّ على إنسان ... 23

(السادسه): لا حقيقه للسحر ... 24

المرتبه الثانيه: أن ينضمّ إليه مباشره المجنى عليه ... 27

(الأولى): لو قدّم له طعاماً مسموماً ... 27

الثانيه: لو حفر بئراً بعيده فى طريق ... 31

الثالثه: لو جرحه فداوى نفسه بدواء سمىّ ... 31

المرتبه الثالثه: أن ينضمّ إليه مباشره حيوان ... 33

الاولى: البحر فالتقمه الحوت قبل وصوله، فعليه القود ... 33

(الثانيه): لو أغرى به كلباً عقوراً فقتله ... 34

(الثالثه): لو انهشه حيّةً قاتلةً فمات… 34
(الرابعه): لو جرحه ثم عضّه الأسد وسرتا… 35
(الخامسه): لو كتّفه وألقاه فى أرض مسبعه… 35
المرتبه الرابعه: أن ينضمّ إليه مباشره إنسان آخر… 36
(الأولى): لو حفر واحد بئراً… 36
الثانيه: إذا أكرهه على القتل… 39
الأول: لو قال اقتلنى وإلاّ قتلتک… 47
الثانى: لو قال اقتل نفسک… 48
الثالث: يصحّ الإكراه فيما دون النفس… 50
الصوره الثالثه: لو شهد اثنان بما يوجب قتلاً كالقصاص… 51
الرابعه: لو جنى عليه فصيّره فى حكم المذبوح… 53
الخامسه: لو قطع واحد يده وآخر رجله فاندملت إحداهما ثم هلک… 55
السادسه: لو قطع يده من الكوع وآخر ذراعه… 58
مسائل من الاشتراک:
الأُولى: إذا اشترک جماعه فى قتل واحد… 62
الثانيه: يقتصّ من الجماعه فى الأطراف… 67
الثالثه: لو اشترک فى قتله امرأتان… 69
الرابعه: إذا اشترک عبدٌ وحرٌ فى قتل حرّ عمداً… 72
الخامسه: لو اشترک عبد وامرأه فى قتل حرّ… 74

الشروط المعتبره فى قصاص النفس
الأول: التساوى فى الحريه او الرّق··· 78
ص :325

مسائل ستّ
الأولى: لو قتل حرّ حرّين··· 112
الثانيه: قيمه العبد مقسومه على أعضائه··· 118
الثالثه: كل موضع نقول يفكّه المولى··· 121
الرابعه: لو قتل عبد واحد عبدين··· 122
الخامسه: لو قتل عشره أعبد عبداً··· 123
السادسه: إذا قتل العبد حراً عمداً··· 124
فروع فى السرايه:
الأول: إذا جنى الحرّ على المملوک، فسرت··· 124
الثانى: لو قطع حرّ يده أعتق ثمّ سرت··· 125
الثالث: لو قطع يده وهو رقّ، ثمّ قطع رجله وهو حرّ··· 125
الشرط الثانى: التساوى فى الدين··· 125
الأولى: لو قطع مسلم يد ذمّى عمداً··· 133
الثانيه: لو قطع يد حربى أو يد مرتد··· 134
الثالثه: إذا قطع المسلم يد مثله فسرت مرتداً··· 135
الرابعه: إذا قتل مرتد ذمّياً··· 138
الخامسه: لو جرح مسلم نصرانياً··· 139
السادسه: لو قتل ذمّى مرتداً قتل به··· 139
الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أباً··· 141

فروع

الأول: لو ادّعى اثنان ولداً مجهولاً... 143

ص :326

الثانى: ولو ولد مولود على فراش مدعيين له ... 145
الثالث: ولو قتل الرجل زوجته هل يثبت القصاص لولدها منه147
الرابع: ولو قتل أحد الولدين أباه ثمّ الآخر أمّه ... 148
الشرط الرابع: كمال العقل ... 149
الشرط الخامس: أن يكون المقتول محقون الدم ... 159
فى دعوى القتل و ما يثبت به
ما يشترط فى المدّعى ... 164
مسائل
الأولى: لو ادّعى أنّه قتل مع جماعه لا يعرف عددهم ... 169
الثانيه: إذا ادّعى القتل ولم يبيّن عمداً أو خطأً ... 170
الثالثه: لو ادّعى على شخص القتل منفرداً ... 171
الرابعه: لو ادّعى قتل العمد ففسّره بالخطأ ... 172
الإقرار ... 172
البينه ... 178
وهنا مسائل:
الاولى: لو شهد أحدهما بالإقرار بالقتل ... 185
الثانيه: لو شهدا بقتل على اثنين ... 187
الثالثه: لو شهدا لمن يرثانه ... 188
الرابعه: لو شهد شاهدان من العاقله ... 189

الخامسه: لو شهد اثنان أنّه قتل··· 190
السادسه: لو شهدا أنّه قتل زيداً عمداً··· 191
ص :327

السابعه: قال فى المبسوط: لو ادّعى قتل العمد··· 194
القسامه··· 194
اللوث··· 194
مسألتان:
الأولى: لو وجد قتيلاً فى دار فيها عبده··· 204
الثانيه: لو ادّعى الولىّ أنّ واحداً من أهل الدار قتله··· 204
كميه القسامه··· 205
أحكام القسامه··· 221
مسائل
الأولى: لو حلف مع اللوث واستوفى الديه··· 224
الثانيه: لو حلف واستوفى الديه··· 224
الثالثه: لو استوفى بالقسامه··· 225
الرابعه: إذا اتّهم والتمس الولى··· 225
كيفيه الاستيفاء··· 226
وهنا مسائل:
الأولى: إذا كان له أولياء لا يولّى عليهم··· 243
الثانيه: إذا زادوا على الواحد فلهم القصاص··· 245
الثالثه: إذا أقرّ أحد الوليّين··· 246
الرابعه: إذا اشترک الأب والأجنبى فى قتل ولده··· 247

الخامسه: للمحجور عليه لفلس أو سفه استيفاء القصاص··· 248
السادسه: إذا قتل جماعه على التعاقب··· 250
ص :328

السابعه: لو وكلّ فى استيفاء القصاص فعزله قبل القصاص··· 251
الثامنه: لا يقتصّ من الحامل حتّى تضع··· 251
التاسعه: لو قطع يد رجل ثمّ قتل آخر··· 253
العاشره: إذا هلک قاتل العمد··· 257
الحاديه عشره: لو اقتصّ من قاطع اليد··· 258
الثانيه عشر: لو قطع يد إنسان فعفا المقطوع··· 260
فى قصاص الطرف
الموجب··· 264
ويشترط فى جواز الاقتصاص··· 264
قطع اليد··· 269
عدم ثبوت القصاص فيما فيه تعزير··· 275
جواز القصاص قبل الاندمال··· 277
قطع عدّه من أعضائه فى الجراح··· 279
كيفيه القصاص فى الجراح··· 280
قلع عين الجانى ··· 281
قطع إذن··· 282
اذهاب الضوء دون الحدقه··· 286
قطع الذكر··· 289
قطع العضو الصحيح بالمجذوم··· 294

السنّ ··· 297

ولا أصليّه بزايده ··· 300

ص :329

مسائل:
الأولى: إذا قطع يداً كامله ... 302
الثانيه: إذا كان للقاطع اصبع زايده ... 306
الثالثه: إذا قطع يميناً فبذل شمالاً ... 311
الرابعه: لو قطع يدى رجل ورجليه خطأً ... 315
الخامسه: لو قطع اصبع رجل ويد آخر ... 317
السادسه: إذا قطع أصبعه فعفا المجنى عليه ... 318
السابعه: لو جنى عبد على حرّ ... 322
محتويات الكتاب ... 324

المجلد 4

الديات

اشاره

عنوان و نام پدیدآور : تنقیح مبانی الاحکام کتاب الدیات/جواد التبریزی

مشخصات نشر : قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها، 1428ق=1386.

مشخصات ظاهری : 400 ص.

وضعیت فهرست نویسی : در انتظار فهرستنویسی (اطلاعات ثبت)

شماره کتابشناسی ملی : 1298555

کتاب الدیات

ص :1

اشاره

المَوسُوعَةُ الفِقهيّةُ للمِيرزَا التَّبريزىّ قدس سِرهُ

تَنقِيحُ مَبانى الاحكامِ

كتابُ الدّيَّات

شرايع الاسلام

ص :2

ص :3

ص :4

ص :5

والنظر فى أُمور أربعه:

النظر الأوّل

ص :6

الأوّل

فى أقسام القتل ومقادير الديات[1]

القتل عمد، وقد سلف مثاله، وشبيه العمد: مثل أن يُضرب للتأديب فيموت، وخطأ محض: مثل أن يرمى طائراً فيصيب إنساناً.

وضابط العمد: أن يكون عامداً فى فعله وقصده، وشبيه العمد: أن يكون عامداً فى فعله، مخطئاً فى قصده، والخطأ المحض: أن يكون مخطئاً فيهما.

الشَرح:

النَّظرُ الأوّل

أقسام القتل

[1] ذكر قدس سره فى الأمر الأوّل أقسام القتل أى الجنايه على النفس ومقادير ديات النفس والتزم كما عليه الأصحاب بأنّ أقسام القتل ثلاثه: العمد وشبه العمد والخطأ المحض، والضابط فى قتل العمد أن يكون الجانى قاصداً لكلّ من الفعل وترتّب إزهاق الروح عليه، بخلاف شبه العمد فإنّه يكون الجانى فيه قاصداً للفعل من غير قصده قتل المضروب، وأمّا الخطأ المحض فلا يكون قاصداً للفعل الواقع خارجاً كما إذا رمى طيراً فلم يصبه بل أصاب شخصاً فقتل به ويعبّر عن هذا القسم الأخير فى بعض الروايات بالخطأ الذى لا شكّ فيه.

أقول: قد ذكرنا فى كتاب القصاص أنّه لا ينحصر القتل عمداً المترتب عليه القصاص على ما إذا قصد الجانى بفعله القتل، بل لو كان فعله ما يقتل الشخص عاده يحسب فعله مع تّرتب الموت عليه، القتل عمداً كما يدلّ على ذلک صحيحه أبى العباس وزراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إنّ العمد أن يتعمّده فيقتله بما يقتل

....

الشَرح:

مثله، والخطأ أن يتعمّده ولا يريد قتله يقتله بما لا يقتل مثله، والخطأ الذى لاشكّ فيه أن يتعمّد شيئاً آخر فيصيبه»(1) ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جميع الحديد هو عمد»(2) وصحيحه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يرفع عنه حتّى قتل أيدفع إلى أولياء المقتول؟ قال: «نعم ولكن لا يترک يعبث به ولكن يجاز عليه»(3) وفى صحيحه الفضل بن عبدالملک بروايه الصدوق عن أبى عبداللّه عليه السلام : «إذا ضرب الرجل بالحديده فذلک العمد»(4).

وعلى الجمله، إذا أراد الجانى بفعله القتل وترتب عليه الموت يحسب ذلک القتل عمدياً حيث يعمّه مادلّ على أنّ من قتل نفساً متعمّداً، وكذلک فيما إذا كان فعله بما يقتل مثله وترتّب عليه موته وإن لم يكن قاصداً قتله كما يدلّ على ذلک التفرقه بين القتل عمداً وبين القتل شبيه العمد فى صحيحه زراره وأبى العبّاس المتقدّمه بأنّ: «العمد أن يتعمّده فيقلته بما يقتل مثله والخطأ أن يتعمّده ولا يريد قتله يقتله بما لا يقتل مثله» فإنّ انحصار شبه العمد بما إذا لم يقصد القتل وإن كان فعله بما لا يقتل مثله مقتضاه أن مع قصد القتل يكون القتل عمدياً وإن لم يكن فعله بما يقتل عاده، وكذا مع عدم قصده القتل ولكن حصوله بما يقتل مثله حيث قيّد الإمام عليه شبه الخطأ بمجموع كلا الأمرين عدم قصد القتل وعدم كون فعله بما يقتل مثله.

أضف إلى ذلک ما ورد فى معتبره السكونى وصحيحه أبى العبّاس البقباق المتقدّمتين من أنّه «إذا ضرب الرجل بالحديده فذلک العمد» و «جميع الحديد

1- (1) وسائل الشيعه، 29 : 40 ، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 13.
2- (2) وسائل الشيعه، 29 : 40 ، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 14.

3- (3) وسائل الشيعه، 29 : 39 ، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 12.
4- (4) من لا يحضره الفقيه 4 : 105 ، الحديث 5195.

....

الشَرح:

عمد». ولا يخفى كما تقدّم في كتاب القصاص أنّه يعتبر فى ترتّب القصاص على العمد كون القتل عدواناً وإذا كان بحقّ كما فى مورد القصاص، ولو كان القصاص من الجروح فسرت إلى النفس فلا يترتّب عليه القصاص، وكذا إذا كان القتل عمداً من الجانى الذى لا يتعلّق عليه القصاص، كما إذا كان القاتل مجنوناً أو صغيراً أو كان أباً للمقتول أو كان مسلماً والمقتول كافراً أو كان حرّاً والمقتول رقّاً إلى غير ذلک ممّا تقدّم.

وتقدّم أيضاً أنّه من القتل بشبه العمد ما إذا قصد قتل شخص باعتقاد أنّه كافر حربى ثمّ ظهر بعد القتل أنّه مسلم، وكذا إذا قصد قتل زيد واعتقد أنّ الجالس هو زيد فقتله ثمّ ظهر أنّه كان عمراً فإنّه لا يتعلّق فى شىء من الفرضين القصاص على الجانى، بل يكون عليه الديه، ولكن ربّما يشكل فى إخراج الفرض الثانى عن القتل عمداً فيما كان كلّ من زيد وعمرو محقون الدم.

أقول: لايتأمّل فى ترتّب القصاص فيما كان من قصده قتل الجالس سواء كان زيداً أو عمراً وإن كان اعتقاده هو أنّه زيد، بخلاف ما إذا كان قاصداً قتل زيد فقط بحيث لو كان يحتمل أنّه عمرو ما قتله ففى الفرض لا مورد للقصاص؛ لأنّه لم يقصد قتل عمرو عدواناً عليه وقصده قتل زيد عدواناً لا يوجب كون قتل عمرو عدواناً ولا يبعد أن يعمّ الفرض ما فى صحيحه الحلبى، قال أبو عبداللّه عليه السلام : «العمد كلّ ما اعتمد شيئاً فأصابه بحديده أو بحجر أو بعصا أو بوكزه فهذا كلّه عمد، والخطأ من اعتمد شيئاً فأصاب غيره»(1) فإنّه يصدق فى الفرض أنّه قصد زيداً وأصاب غيره، ونظير ذلک ما إذا قدّم الطعام المسموم إلى عمرو باعتقاد أنّه زيد لظلمه ونحوها فأكل عمرو فمات وكان قاصداً قتل زيد فقط فإنّه يثبت عليه الديه لا القصاص.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 36، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3.

وكذا الجنايه على الأطراف تنقسم هذه الأقسام[1].

الشَرح:

[1] قد تقدّم فى كتاب القصاص أنّ الجنايه فى الأطراف أيضاً تنقسم بالأقسام الثلاثه وأنّ القسمه لاختلاف حكم الجنايه فيها ويدّل على جريان القصاص فى الأطراف مع أنّه المتسالم عليه صحيحه إسحاق بن عمّار، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فيما كان من جراحات الجسد أنّ فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاها(1)، وصحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى الجرح فى الأصابع إذا أوضح العظم عشر ديه الإصبع إذا لم يرد المجروح أن يقتصّ(2)، وكذا ماورد فى الجنايه فى الأعضاء كالعين واليد وغيرهما ممّا يأتى، وقبل الروايات يدلّ على ثبوت القصاص فى الأطراف قوله سبحانه: «والجروح قصاص»(3).

نعم، يأتى بعض الجروح ونحوها ممّا قام الدليل على عدم ثبوت القصاص فيها ويؤيد الحكم بما رواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن زياده بن سوقه، عن الحكم بن عتيبه، عن أبى جعفر عليه السلام قال: قلت: ما تقول فى العمد والخطأ فى القتل والجراحات؟ قال: فقال: «ليس الخطأ مثل العمد، العمد فيه القتل والجراحات فيها القصاص، والخطأ فى القتل والجراحات فيها الديات»(4) ورواها فى الفقيه(5) بسنده إلى هشام بن سالم والتعبير بالتأييد لضعف السند بالحكم بن عتيبه.

ثمّ إنّ المعيار فى الجنايه خطاءً التى تعدّ شبه العمد وعبّر ذلک بالخطاء الذى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 176 ، الباب 13 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 176 ، الباب 13 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2.
3- (3) سوره المائده: الآيه 45.
4- (4) تهذيب الأحكام 10 : 174 ، الحديث 21.
5- (5) من لا يحضره الفقيه 4 : 109 ، الحديث 5209.

. ...

الشَرح:

فيه شكّ ما إذا كان الفاعل قاصداً الفعل بما لا يقتل مثله ولم يكن من قصده القتل كما دلّ عليه صحيحه أبى العبّاس وزراره عن أبى عبداللّه عليه السلام (1).

وقد ذكر خلاف فى أنّه إذا قصد القتل بما لا يقتل مثله واتّفق القتل فهل هذا ملحق بالقتل عمداً المترتّب عليه القصاص أو أنّه من القتل خطاءً والثابت فيه الديه على القاتل؟

وقد يقال بالثانى ويستدلّ على ذلک بأنّ القصد بما لا يقتل لا يكون إلاّ كالقصد المجرد إلى القتل وكما أنّ القصد المجرد لا يوجب قصاصاً لو اتّفق الموت، وكذا قصده مع فعل ما لا يقتل عاده وبأنّ العمد فسّر فى صدر صحيحه أبى العباس وزراره عن أبى عبداللّه عليه السلام «أن يتعمّده فيقتله بما يقتل مثله»(2) ومقتضى التقييد بما يقتل مثله أن لا يكون الفعل بما لا يقتل مثله عمداً.

وفيه أنّ القصد المجرّد مع عدم الفعل لا يوجب الاستناد ليترتّب عليه القصاص أو الديه لا على القاصد ولا على عاقلته، وما ورد فى صدر الصحيحه فلا دلاله فيه على أنّه إذا قصد القتل بالفعل الذى لا يقتل عاده مع ترتّب الموت عليه لا يكون قتلاً عمدياً، بل مدلولها أنّ قصد شخص وفعل ما يقتل مثله بذلک الشخص قتل عمدى إذا قتل سواء قصد بفعله هذا قتله أم لا.

ودعوى ظهور الصدر فى قصد القتل لا يمكن المساعده عليها؛ فإنّ قصد القتل بما يقتل مثله فرد غالبى من القتل، ولكن لا يخرج الصدر عن ظهورها الإطلاقى، وغايه الأمر أنّ الصدر لا يشمل صوره من القتل عمداً وهى ما لو قصد القتل بالفعل

1- (1) تقدّمت فى الصفحه 7.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 40 ، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 13.

....

الشَرح:

الذى لا يقتل عاده إذا ترتّب عليه الموت، وهذه الصوره تفهم من اعتبار الأمرين فى شبه العمد أحدهما عدم إراده القتل، والثانى ترتّب الموت على الفعل بما لا يكون قاتلاً عاده.

والحاصل أنّ القصد إلى القتل بالفعل الذى لا يقتل عاده مع ترتّبه عليه قتل عمد يعمّه قوله سبحانه: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً»(1).

وأمّا الخطاء المحض الذى عبّر عنه بالخطاء الذى لا شكّ فيه فهو ما إذا فعل ولم يقصد وقوعه أو إصابته على أحد ولكن وقع وأصاب إنساناً فقتله أو جرحه، كمن رمى طيراً فأخطأ فأصاب إنساناً وقد ورد ذلک الحدّ فى ذيل الصحيحه المتقدّمه(2) وغيرها من الروايات ومقتضى ذلک أنّه إذا لم يرد الفعل أصلاً بل لم يكن صدور فعل عن الشخص اختياراً بل الفعل وقع من غير اختيار وترتّب عليه قتل شخص أو جرحه فلا يكون فى البين ما يوجب القصاص أو الديه عليه أو على عاقلته، كمن أسقطه الريح من علو فوقع على إنسان فقتله بإصابته.

وما عن جمله من الأصحاب من إدخال مثل ذلک فى القتل خطاء لا أعرف لها وجهاً إلاّ دعوى عدم ذهاب دم أحد هدراً ولكنّه لا يعمّ الموارد التى يحسب فى العاده من قضاء اللّه المحض وتقديره، كما يدلّ على ذلک جمله من الروايات كصحيحه عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل وقع على رجل فقتله؟ قال: «ليس عليه شىء»(3) وصحيحه محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام فى الرجل يسقط على الرجل فيقتله، قال: لا شىء عليه، وقال: من قتله القصاص فلا ديه له(4).

1- (1) سوره الإسراء: الآيه 33.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 40 ، الباب 11 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 13.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 56 ، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 56 ، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2.

وديه العمد: مئه بعير من مسان الإبل، أو مئتا بقره، أو مئتا حُلّه كلّ حلّه ثوبان من برود اليمن، أو ألف دينار، أو ألف شاه. أو عشره آلاف درهم[1]،

الشَرح:

ديه العمد

[1] كون ديه النفس فى القتل عمداً أحد أُمور ستّه متسالم عليه بين الأصحاب وهى: مئه إبل أو مئتا بقره أو مئتا حلّه وكلّ حلّه ثوبان أو ألف دينار أو ألف شاه أو عشره آلاف درهم.

ويشهد لذلک صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت ابن أبى ليلى يقول: كانت الديه فى الجاهليه مئه من الإبل فأقرّها رسول اللّه صلى الله عليه و آله ثمّ إنّه فرض على أهل البقر مئتى بقره، وفرض على أهل الشاه ثنيّه، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشره آلاف درهم، وعلى أهل اليمن الحلل مئتى حلّه، قال عبدالرّحمن بن الحجاج: فسألت أبا عبداللّه عما روى ابن أبى ليلى، فقال: كان على عليه السلام يقول: الديه ألف دينار وقيمه الدينار عشره دراهم، وعشره آلاف لأهل الأمصار، وعلى أهل البوادى مئه من الإبل، ولأهل السواد مئتا بقره أو ألف شاه(1).

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: الديه عشره آلاف درهم أو ألف دينار، قال جميل: قال أبوعبداللّه عليه السلام : الديه مئه من الأبل(2). وهذه لا تنافى ثبوت غير ذلک من الأنواع التى وردت فى الصحيحه المتقدّمه وغيرها من البقره أو الشاه، وصحيحه جميل بن درّاج فى الديه قال: ألف دينار أو عشره آلاف درهم ويؤخذ من أصحاب الحلل الحلل، ومن أصحاب الإبل الإبل، ومن أصحاب الغنم الغنم، ومن أصحاب البقر البقر(3). وهذه الروايه وإن كانت روايه لقول جميل بن درّاج

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 193 ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 195 ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث 5.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 195 ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

....

الشَرح:

ولم يسند متنها إلى المعصوم عليه السلام إلاّ أنّه لا يحتمل أن يلتزم جميل بن درّاج بما لم يسمعه منه عليه السلام وعدم ذكر الإمام عليه السلام ، الحلل فى ذيل صحيحه عبد الرحمن بن الحجّاج لا يدلّ على نفى كونها من أفراد الديه، ولكن إذا كان المراد من الحلّه مطلق ثوبين كما هو ظاهر الروايات فلا يناسب سائر أنواع الديه بل لا يناسب ماورد من أنّ ديه العبد قيمته ما لم يزد على الديه.

ثمّ إنّ الديه لا تكون تنويعه بحسب أصناف الناس بأن يختص كلّ نوع من الديه بصنف من الأشخاص بحيث لا يكون تخيير بين الأمور الستّه فى موارد ثبوت ديه العمد بالمصالحه والتراضى عليها أو لعدم إمكان القصاص؛ وذلک فإنّ الظاهر من الروايات المتقدّمه وغيرها أنّ التنويع الوارد فى الروايات كالتنويع الوارد فى مواقيت الإحرام أو زكاه الفطره بلحاظ تسهيل الأمر بالإضافه إلى أصناف الناس لا تعيّن كلّ نوع بصنف من الناس وعلى ذلک فالموارد التى ورد الأمر فيها بردّ الديه أو نصفها يؤخذ بالإطلاق فيها ويكون الأمر على التخيير بين الأمور الستّه.

ثمّ إنّه ورد فى بعض الروايات مقدار الدرهم باثنى عشره ألفاً من الدراهم كصحيحه عبد اللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول: من قتل مؤمناً متعمّداً قيد منه إلاّ أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الديه فإن رضوا بالديه وأحب ذلک القاتل فالدّيه اثنا عشر ألفاً أو ألف دينار أو مئه من الإبل وإن كان فى أرض فيها الدنانير فألف دينار، وإن كان فى أرض فيها الإبل فمئه من الإبل، وإن كان فى أرض فيها الدراهم فدراهم بحساب ذلک اثنا عشر ألفاً(1). فإنّ ذكر الاثنى عشر ألفاً مع كون الديه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 196 197، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث 9.

....

الشَرح:

عشره آلاف يمكن أن يكون لاختلاف الدراهم بالإضافه إلى ألف دينار الذى هو مثقال شرعى من الذهب مطلقاً أو خصوص المسكوک منه أو أنها لرعايه التقيّه حيث إنّ اثنى عشر ألفاً منسوب إلى العامّه.

قال الشيخ قدس سره بعد ما قال: فقد ذكر الحسين بن سعيد وأحمد بن محمد بن عيسى معاً أنّه روى أصحابنا أنّ ذلک يعنى اثنى عشر ألف درهم من وزن ستّه : وإذا كان ذلک كذلک فهو يرجع إلى عشره آلاف(1). ويمكن أن يكون هذه الأخبار وردت للتقيّه؛ لأنّ ذلک مذهب العامّه.

وأيضاً قد ورد فى بعض الروايات أنّ الديه بألفين من الغنم كما فى صحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن ديه العمد؟ فقال: «مئه من فحوله الإبل المسان فإن لم يكن إبل فمكان كلّ جمل عشرون من فحوله الغنم»(2) فإنّ ظاهرها عدم جواز الغنم مع وجود الإبل ومع عدمه يعطى بدل إبل عشرون من فحوله الغنم، وليس من أصحابنا من يلتزم بذلک مع أنّها معارضه بالروايات التى لا يبعد دعوى تواترها الإجمالى بأنّ مقدار الغنم ألف فى الديه.

نعم، لا يبعد تعيّن الأخذ بما فى صدرها من كون مئه إبل من المسان والفحوله ويقيّد الإطلاق الوارد فى بعض الروايات.

ودعوى أنّ عشرين شاه فيما إذا أُعطيت قيمه عن الإبل أيضاً لا يساعده الاعتبار فإنّ قيمه إبل لا يساوى عشرين شاه من فحوله الغنم مطلقاً.

1- (1) التهذيب 10 : 162 ، ذيل الحديث 24.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 200 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

....

الشَرح:

ثمّ إنّ الماتن قدس سره قد قيّد الحلّه بل فسّرها بثوبين من برود اليمن، وقد تقدّم أنّ كون الحلّه من الديه لا بأس بالالتزام به لقول جميل بن دراج المتقدّم حيث يبعد أن يذكره من أنواع الديه من غير سماع عن الإمام عليه السلام وبما أنّ إطلاقها لا يمكن الأخذ به لعدم الاكتفاء بثلاثه حلل وما فوق فلابدّ من أن يؤخذ بالقدر المتيقّن فى كونها ديه، والقدر المتيقّن كونها مئتين وكونها من برود اليمن، والاكتفاء بالأقل أى بمئه غير ثابت فإنّ فى المروى فى التهذيب مئتين حلّه ويحتمل كونها كذلک وكذا اعتبار كونها ثوبين حيث لم يحرز صدق الحلّه على ثوب واحد كما يظهر ذلک من جماعه من أهل اللغه، بل لا يبعد اعتبار كونها من برود اليمن حيث إنّ ذلک هو المتيقّن فى الدّيه لاعتبار ذلک فيها عن جماعه كالماتن وكالعلاّمه والشهيدين(1).

لا يقال: مقتضى البراءه هو عدم اعتبار كونهما من برود اليمن والاكتفاء بمطلق ثوبين.

فإنّه يقال: لا مجال لأصاله البراءه فى مثل المقام ممّا يكون جريانها خلاف الامتنان، بل يجرى فى المقام أصاله عدم اعتبار الديه لمطلق الثوبين ولا تعارض بأصاله عدم اعتبارها لثوبين من برود اليمن، والوجه فى عدم التعارض أنّ الثوبين من برود اليمن يجزى فى الديه قطعاً فلا مجال لأصاله عدم اعتبارها ديه حيث لم تثبت كون الديه هى مطلق الثوبين.

اللهمّ إلاّ أن يقال بعدم الإهمال فى صحيحه جميل إلاّ من حيث العدد، وأمّا كونها من برود اليمن فالإطلاق يدفعه.

1- (1) المحقق فى المختصر النافع: 294 ، والعلامه فى قواعد الأحكام 3 : 666 ، والمختلف 9 : 429 ، والشهيدين فى اللمعه وشرحها 10 : 176.

وتُستأدی فی سنه واحده من مال الجانی مع التراضی بالدّیه[1].

الشَرح:

أداء الدیه مع التراضی

[1] المراد أنّ دیه العمد لا تکون حالاً مع التراضی بها بل یکون علی الجانی التأخیر فی الأداء إلی سنه.

نعم، تأخیرها إلی ما بعد السنه لابدّ من أن تکون بالتراضی من أوّل الأمر أو برضا أولیاء الدم فی التأخیر بعد سنه.

ویشهد لما ذکر صحیحه أبی ولاّد عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان علی علیه السلام یقول: تستأدی دیه الخطأ فی ثلاث سنین وتستأدی دیه العمد فی سنه»(1) ومبدأ السنه فیما إذا کان ثبوتها بأصل الجنایه کما فی قتل الوالد ولده أو قتل العاقل المجنون أو الصغیر، زمان تحقّق القتل، وفیما إذا کانت بالتراضی من حین التراضی بها وفیما إذا کانت لفوت مورد القصاص من حین فوته حیث إنّ ظاهر الصحیحه الأداء إلی تمام سنه ولو مع ثبوتها ولو بغیر التراضی وهذا مع الإطلاق التراضی بالدیه، وأمّا إذا وقع التراضی إلی أدائها حالاً أو مؤجلاً بأزید من السنه فلا بأس به لنفوذ الصلح، کما أنّه إذا وقع التراضی بأزید من الدیه أو بأقل من مقدارها فإنّ الصلح جائز بین المسلمین.

دیه القتل عمداً علی الجانی لا علی عاقلته

ثمّ إنّ الدیه فی القتل عمداً علی الجانی لاعلی العاقله ولاعلی بیت المال ففی الصحیح عن عبداللّه بن سنان وابن بکیر جمیعاً، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سئل عن المؤمن یقتل المؤمن متعمّداً هل له توبه؟ فقال: «إن قتله لإیمانه فلا توبه له، وإن کان قتله لغضب أو لسبب من أمر الدنیا فإنّ توبته أن یقاد منه، وإن لم یکن علم به انطلق إلی أولیاء المقتول فأقرّ عندهم بقتل صاحبهم فإن عفوا عنه فلم یقتلوه أعطاهم الدیه

1- (1) وسائل الشيعه، 29 : 205 ، الباب 4 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستّين مسكيناً توبه إلى اللّه عزّوجلّ»(1) وظاهرها أنّه هو المكلّف بإعطاء الديه.

وفى موثّقه سماعه قال: سألته عمّن قتل مؤمناً متعمّداً هل له من توبه؟ قال: لا حتّى يؤدّى ديته إلى أهله ويعتق رقبه ويصوم شهرين متتابعين ويستغفر اللّه ويتوب إليه ويتضرّع فإنّى أرجو أن يتاب عليه إذا فعل ذلک، قلت: فإن لم يكن له مال؟ قال: يسأل المسلمين حتّى يؤدّى ديته إلى أهله(2).

وفى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً»(3).

وما ورد من أنّه إذا أقر القاتل عمداً فلم يقدر عليه يؤخذ الديه من ماله، وإن لم يكن له مال يؤخذ من الأقرب فالأقرب، وظاهر الأقرب فالأقرب العاقله لا يوجب التعدّى عن مورده.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنّهم اعتبروا فى الإبل كون الديه منه من المسان والمسن ويطلق عليه الثنى ما أكمل سنته الخامسه ودخل فى السادسه والتحديد فى ناحيه الأقل ولا تحديد بالإضافه إلى الزياده، والوارد فى جمله من الروايات مئه إبل وعنوان الإبل يصدق على غير الداخل فى السادسه أيضاً إلاّ أنّه يرفع اليد عن الإطلاق بما ورد فى صحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن ديه العمد؟ فقال: «مئه من

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 30 ، الباب 9 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 34 ، الباب 10 من أبوب القصاص فى النفس، الحديث 5.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 394 ، الباب 3 من أبواب العاقله، الحديث 2.

وهى مغلّظه فى السنّ والاستيفاء[1]. وله أن يبذل من إبل البلد أو من غيرها، وأن يعطى من إبله أو إبل أدون أو أعلى إذا لم تكن مِراضاً وكانت بالصفه المشترطه. وهل تُقبل القيمه السوقيه مع وجود الإبل؟ فيه تردد، والأشبه لا. وهذه السته أُصول فى نفسها، وليس بعضها مشروطاً بعدم بعض، والجانى مخيّر فى بذل أيّها شاء.

الشَرح:

فحوله الإبل المسان فإن لم يكن إبل فمكان كلّ جمل عشرون من فحوله الغنم»(1) حيث إنّ ظاهرها اعتبار كونه من المسان وكونه فحلاً أى ذكراً فيتعيّن اعتبار الأمرين وما فى الصحيحه وغيرها من أنّ مع عدم الإبل يعطى مكان كلّ من الإبل الفحل حيث إنّه ظاهر الجمل المقابل للناقه التى يطلق على الأُنثى عشرون من فحوله الغنم لا يضرّ باعتبار الصدر فلا وجه لما قيل بأنّها تحمل على التقيّه فإنّ الحمل على التقيه بالإضافه إلى ما فى ذيلها من الحكم لا ينافى بالإضافه الى ما ورد فى صدرها من اعتبار الأمرين فلا موجب لحملها على التقيه مع وجود الجمع العرفى بينها وبين المطلقات.

نعم، ما ورد فى ذيلها من التحديد بعشرين غنم فحل مع عدم الإبل معارض بما تقدّم فى الروايات من أنّ اللازم ألف شاه على التخيير.

ثانيهما: أنّ ما ورد فى روايه الحكم بن عتيبه من كفايه ما حال عليه الحول فمع ضعف سندها بالحكم ومعارضتها بصحيحه معاويه بن وهب وغيرها وعدم العامل بها من الأصحاب لا يمكن الاعتماد عليها.

[1] قد تقدّم أنّ الديه فى القتل عمداً إذا ثبتت بالمصالحه فمقدارها وكيفيه أدائها تابع للتراضى بين القاتل وأولياء المقتول وإذا ثبتت أصاله كما فى قتل الوالد ولده أو قهراً كما فى هرب القاتل وعدم الظفر به أو ما مات فمقداره ستّه أصناف، كما

1- (1) رسائل الشيعه 29 : 200 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

....

الشَرح:

أنّ الديه فى القتل شبه الخطأ أو الخطأ المحض أيضاً ستّه أصناف، ولكنّ الاختلاف فى بعض الشروط فإنّ ديه العمد تستأدى فى سنه واحده ويعتبر كون المئه من الإبل المسان.

وذكرنا أيضاً اعتبار كونها فحوله ولا يجب على القاتل إذا أراد إعطاء الديه من الإبل أن يعطى من إبله، بل له أداؤها من غير إبله بالاشتراء أو الاستيهاب وإن كان أدون من إبله أو أعلى.

ولكن يعتبر أن لا تكون مراضاً، ويقال فى وجه اعتبار عدم كونها مراضاً الانصراف إلى غير المراض.

ولكنّ إطلاق الاشتراط لا يخلو عن تأمّل فإنّه لو كان المرض ممّا هو عادى فى الإبل ويعدّ من العارض الذى يترقّب البرء فالانصراف غير ثابت.

نعم، إذا كان ممّا يصعب تخلّص الحيوان وحصول البرء فدعوى الانصراف غير بعيده ومرجع تشخيص أنّ المرض من أىّ القسمين نظر أهل الخبره من أهل الإبل.

وعلى الجمله، مقتضى الإطلاق فى كون الديه فى القتل عمداً مئه إبل عدم الفرق بين إعطائها من إبله أو غيرها وكون المعطى أدون أم لا.

ثمّ إنّه يقع الكلام فى أنّه هل للقاتل إلزام أولياء المقتول بأخذ القيمه للإبل أو غيرها من الأصناف أو ليس له إلاّ التخيير بين الأصناف؟

ويظهر من جمله من كلمات الأصحاب أنّه إذا لم يتمكّن القاتل من دفع عين الصنف فله أن يدفع القيمه، كما هو ظاهر الماتن أيضاً حيث جعل مورد الكلام فى حقّ القاتل فى دفع القيمه فى صوره وجود الإبل واختار عدم حقّ له فى إلزامهم فيه بقبول القيمه، وحيث إنّ الأصناف الباقيه فى الحكم المذكور متساويه يجرى الإلزام بدفع القيمه فى غير الإبل أيضاً، ولكن ظاهر ما ورد فى الديه تخيير القاتل أو وليّه مع

....

الشَرح:

موته أو فراره فى الأصناف الستّه ويكون لأولياء المقتول الإلزام بدفع أحد الأصناف الستّه ودفع القيمه يحتاج إلى التراضى.

نعم، لو لم يوجد شىء من الأصناف يجرى التخيير للعلم بعدم سقوط الديه رأساً فى القيمه لكلّ منها، وما ورد فى بعض الروايات التى أشرنا سابقاً من جعل بعض الأصناف بدلاً فقد ذكرنا أنّه لا عامل بها من الأصحاب، وينافيه ما ورد فى أصناف الديه من ظهورها فى تخيير القاتل، وأنّ التنويع الوارد بحسب أصناف الديه من أصحاب الإبل والبقر والغنم وغيره ليس تنويعاً بحسب التكليف، بل للإرشاد وإلى تسهيل أمر الديه والتوسعه فى أدائها، نظير ما ورد من التنويع فى المواقيت وزكاه الفطره وغيرها فيحمل تلك الرويات على التقيّه أو تأوّل.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ ما ورد فى الأخبار من جعل الدينار والدرهم صنفين من الأصناف الستّه ليس من قبيل دفع القيمه لسائر الأصناف، بل كلّ منهما صنف فى عرض سائر الأصناف، وظاهر الدينار والدرهم هو الذهب والفضه المسكوكه منهما بسكّه رائجه وحيث إنّ ذلک منقضيه فى مثل زماننا، يحتاج دفع الوزن أى بالمثقال الشرعى من الذهب وكذا الوزن من الفضه المساوى 6/12 حمّصه منها بالتراضى وإلاّ يتعيّن غيرها من الأصناف.

وإن أراد القاتل التبعيض بحسب الأصناف بأن يعطى خمسين من الإبل وخمسمئه شاه مثلاً فهذا أيضاً يحتاج إلى التراضى؛ لأنّ ظاهر ما ورد فى تعيين الديه، التخيير بين الأصناف لا التخيير فى التبعيض بينها، و التخيير بينها لا يلازم التخيير بين أبعاضها، و التخيير بينها للقاتل أو وليّه لا لأولياء المقتول فليس لهم إلزام القاتل بصنف من الأصناف بعينه مع التمكّن من عين الأصناف ومع عدم تمكّنه بقيمه صنف خاصّ منها.

ص :21

ودیه شبیه العمد: ثلاث وثلاثون بنت لبون، وثلاث وثلاثون حقّه وأربع وثلاثون ثنیّه طروقه الفحل. وفی روایه: ثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقّه، وأربعون خلفه وهی الحامل. ویضمن هذه الدیه الجانی دون العاقله[1].

الشَرح:

دیه شبیه العمد

[1] ظاهر کلامه قدس سره أنّه اختار فی دیه شبه العمد أنّها أیضاً مئه إبل ولکن بالنحو التالی: ثلاث وثلاثون بنت لبون، وثلاث وثلاثون حقّه، وأربع وثلاثون ثنیه طروقه الفحل، والمراد ببنت لبون الأنثی من الناقه التی أکملت سنتین وتسمّی بنت لبون؛ لأنّ أمّها وضعت غیرها وصارت ذات لبن، وحقّه بالکسر فی الحاء ما أکمل سنتها الثالثه بحیث تقبل الحمل علیها، وثنیه ما أکملت سنتها الخامسه بحیث طرقها الحمل فصارت حاملاً أو بلغت إلی ما تقبل طروق الفحل، ولکنّ الصحیح هو الثانی فإنّ الحامل هی الخلفه کما یأتی وفی البین روایه أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: دیه الخطأ إذا لم یرد الرجل القتل مئه من الإبل أو عشره آلاف من الورق أو ألف من الشاه وقال: دیه المغلّظه التی تشبه العمد ولیست بعمد أفضل من دیه الخطأ بأسنان الإبل: ثلاثه وثلاثون حقّه، وثلاثه وثلاثون جذعه، وأربع وثلاثون ثنیه کلّها طروقه الفحل(1).

ولا یخفی أنّه لم یرد فی هذه الروایه بنت لبون بل ورد حقه وجذعه وثنیه وجذعه غیر بنت لبون فإنّ جذعه ما یکون أکثر عمراً من حقه بسنه.

وورد فی صحیحه محمّد بن مسلم وزراره وغیرهما عن أحدهما علیه السلام فی الدّیه قال: هی مئه من الإبل، إلی أن قال: قال ابن عمیر: فقلت لجمیل: هل للإبل أسنان معروفه؟ قال: نعم ثلاث وثلاثون حقّه وثلاث وثلاثون جذعه وأربع وثلاثون ثنیه إلی

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 200 ، الباب 2 من أبواب دیات النفس، الحدیث 4.

....

الشَرح:

بازل عامها كلّها خلفه إلى بازل عامها، قال: وروى ذلک بعض أصحابنا عنهما(1).

ولا يبعد أن يكون بنت لبون فى عباره الماتن من غلط النسخه وكانت الأصل جذعه التى وردت فى الروايتين وحيث إنّ ابن أبى عمير روى أسنان الإبل عن بعض أصحابنا عنهما عليه السلام والروايه بنحو الإرسال فلا تصلح لرفع اليد عن التعيين الوارد فى صحيحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى الخطأ وشبه العمد أن يقتل بالسوط أو بالعصا أو بالحجر أنّ ديه ذلک تغلّظ وهى مئه من الإبل منها أربعون خلفه من بين ثنيه إلى بازل عامها، وثلاثون حقّه وثلاثون بنت لبون، والخطأ يكون فيه ثلاثون حقّه وثلاثون ابنه لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون ذكر(2). ولا يضرّ اشتمال ذيلها بما لا يعمل به للمعارضه أو الحمل على التقيّه.

وأمّا ما ورد فى روايه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام : ديه الخطأ إذا لم يرد الرجل القتل مئه من الإبل أو عشره آلاف من الورق أو ألف من الشاه، وقال: ديه المغلظه التى تشبه العمد وليست بعمد أفضل من ديه الخطأ بأسنان الإبل: ثلاثه وثلاثون حقه، وثلاث وثلاثون جذعه وأربع وثلاثون ثنيه كلّها طروقه الفحل(3). فلضعفها سنداً ومعارضتها بالصحيحه لا يمكن الاعتماد عليها، كما ذكرنا أنّ الأمر فى مرسله جميل أيضاً كذلک وإن قبلنا الصحيحه التى ذكر فيها الحلل حيث لا يروى الحلل عن بعض أصحابه بل أخبر به وقلنا إنّه يبعد أن لايسمعها عن الإمام عليه السلام .

والحاصل المتعّين هو الالتزام بأن الديه فى شبه الخطأ بالإضافه إلى أسنان الإبل أربعون خلفه أى الحامل من بين ثنيه إلى بازل عامها وثلاثون حقه وثلاثون جذعه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 201 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث 7.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 199 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 200 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

....

الشَرح:

وأمّا ما ذكر الماتن من كون الديه فى شبه الخطأ على القاتل فهو متسالم عليه بين الأصحاب ولم ينسب(1) الخلاف إلاّ إلى الحلبى(2) حيث ذهب إلى أنّها على العاقله.

ولكن لا يساعده شىء من الأدله، بل مقتضى الخطابات الشرعيّه كون الديه فى الخطأ على الجانى، سواء كان قتلاً أو جنايه على الطرف، كما يشهد بذلک موثّقه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح؟ قال: إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام، ولا يبطل حقّ امرئ مسلم(3).

نعم، فى صحيحه محمّد الحلبى المرويه فى باب (10) من العاقله قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خدّيه فوثب المضروب على ضاربه فقتله؟ قال: فقال أبو عبداللّه عليه السلام : هذان متعدّيان جميعاً فلا أرى على الذى قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سنين فى كلّ سنه نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله يؤخذ بها فى ثلاث سنين(4). وظاهرها إلحاق جنايه الأعمى بالقتل خطأً ويمكن التفرقه بين كون جنايته قتلاً أو جنايه على الطرف فيعمل بالأُولى فى الثانيه وبهذه الصحيحه فى الأُولى.

وصحيحه أبى بصير ليث المرادى الوارده فى قتل العاقل المجنون قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلاً مجنوناً؟ فقال: إن كان المجنون أراده فدفعه عن

1- (1) نسبه فى كشف اللثام 2 : 495 (الحجريه)، ورياض المسائل 2 : 530 (الحجريه).
2- (2) الكافى فى الفقه: 396.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 89 ، الباب 35 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

نفسه فقتله فلا شىء عليه من قود ولا ديه ويعطى ورثته ديته من بيت مال المسلين، قال: وإن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراده فلا قود لمن لا يقاد منه وأرى أنّ على قاتله الديه فى ماله يدفعها إلى ورثه المجنون ويستغفراللّه ويتوب إليه(1). فإنّه مع عدم ثبوت القصاص يجرى على الجنايه حكم شبه العمد.

وصحيحه زراره قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً خطأً فى أشهر الحرم؟ فقال: عليه الديه وصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا يدخل فيه العيد وأيّام التشريق، قال: يصومه فإنّه حقّ لزمه(2).

وهذه الصحيحه وإن تعمّ الديه فى الخطأ المحض إلاّ أنّه يرفع اليد عن إطلاقها بالروايات الدالّه على تحمّل العاقله فيه الديه كالتى وردت فى قتل الصبى والمجنون كصحيحه محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأً كان أو عمداً(3). وصحيحته الأُخرى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: عمد الصبى وخطاه واحد(4). وموثقه إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه: أنّ علياً عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله(5).

والحاصل مقتضى استناد القتل إلى شخص تحمّله الديه، ويستفاد ذلک أيضاً من روايات اُخرى كصحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، فقال: الديه على الذى دفع على الرجل فقتله

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 71 ، الباب 28 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 400 ، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 400 ، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 2.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 400 ، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 3.

وقال المفيد رحمه الله : تستأدى فى سنتين[1]، فهى إذن مخفّفه عن العمد، فى السن وفى الاستيفاء. ولو اختلف فى الحوامل، رجع إلى أهل المعرفه. ولو تبيّن الغلط، لزم الاستدراک. ولو اُزلقت بعد الإِحضار قبل التسليم، لزم الإِبدال. وبعد الإقباض لا يلزم.

الشَرح:

لأولياء المقتول، قال: ويرجع المدفوع بالديه على الذى دفعه قال: وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً(1). وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل ينفر برجل فيعقره وتعقر دابّته رجلاً آخر قال: هو ضامن لما كان من شىء(2). إلى غير ذلک ما لا يرفع اليد عنه إلاّ بقيام الدليل على أنّ الديه على العاقله.

[1] هذا هو المنسوب إلى المشهور حيث يقال إنّ ذلک مقتضى كون الديه فى شبه العمد مخففه بالإضافه إلى ديه العمد ومغلّظه بالإضافه إلى ديه الخطأ المحض، ولكن لزوم كونها كذلک لم يقم عليه دليل، ومقتضى ما ورد فى صحيحه أبى ولاّد المتقدّمه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: كان على عليه السلام يقول: تستأدى ديه الخطأ فى ثلاث سنين وتستأدى ديه العمد فى سنه(3). أنّها فى هذا القسم أيضاً تستأدى فى ثلاث سنين حيث إنّ الخطأ فى مقابل العمد يعمّ ما فيه شكّ وما ليس فيه شكّ على ما ورد فى الروايات.

والمحكى(4) عن ابن حمزه أنّ هذه الديه مع كون الجانى موسراً تستأدى فى سنه كديه العمد وإلاّ فى سنتين.

والتقسيم الوارد فى صحيحه أبى ولاّد يقطع هذه التفصيل ولا وجه آخر له.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 57 ، الباب 21 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 58 ، الباب 21 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 205 ، الباب 4 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

4- (4) حكاه السيد على الطباطبائى فى رياض المسائل 2 : 530 (الحجريه).

وديه الخطأ المحض[1]: عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن لبون، وثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقه. وفى روايه: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقه، وخمس وعشرون جَذعه.

الشَرح:

ثمّ لا يخفى أنّه بناءً على اعتبار كون الأربعين من الإبل حوامل يعتبر أن يكون حين الدفع كذلك ويعلم كونها كذلك بالرجوع إلى أهل المعرفه للإبل وإن ظهر ولو بعد قبض أولياء المقتول أنّها أو بعضها لم تكن حوامل يتدارک لبقاء الحقّ وعدم أدائه وإذا ازلقت بعد الاحضار وقبل القبض بأن أسقطت حملها فلا يكون إعطاؤها من الديه إلاّ بالمراضاه وإن لم يرضَ أولياء المقتول لزم الاستبدال لأنّهم لم يقبضوا الحقّ، بخلاف ما أسقطته بعد القبض فإنّ المعتبر فى الديه كونها حوامل عند القبض لا الولاده بعد القبض كما لا يخفى.

ديه الخطأ المحض

[1] المنسوب إلى المشهور أنّ الديه فى الخطأ المحض عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقه كما يشهد لذلک صحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمه حيث ورد فيها بعد بيان ديه شبه العمد والخطأ يكون فيه ثلاثون حقّه وثلاثون ابنه لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون ذكر(1). وقد بيّنا اشتمال ذيلها لما لم يعمل به لا يوجب خللاً فى الحكم فى سائر فقراتها.

ولكن فى روايه العلاء بن الفضيل، عن أبى عبداللّه عليه السلام والخطأ مئه من الإبل أو ألف من الغنم أو عشره آلاف درهم أو ألف دينار وإن كانت من الإبل فخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقّه وخمس وعشرون جذعه»(2) وظاهرها تحديد ديه الخطأ المحض فى أسنان الإبل بما ذكر،

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 199 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 198 ، الباب الأوّل من أبواب ديات النفس، الحديث 13.

....

الشَرح:

بقرينه التعرّض لديه شبه العمد بعد ذلک حيث ورد بعد ذلک: والديه المغلظه فى الخطاء الذى يشبه العمد الذى يضرب بالحجر والعصا الضربه والاثنتين فلا يريد قتله فهى أثلاث: ثلاث وثلاثون حقه... الحديث.

ولكن الروايه لضعفها سنداً لوقوع محمّد بن سنان الراوى عن العلاء بن الفضيل، لا يمكن الاعتماد عليها بأن يقال الديه فى الخطاء المحض على التخيير بالعمل بما ورد فيها أو ما ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان بالالتزام بأنّ الديه على التخيير واقعاً، ولا مجال لدعوى الشهره؛ لأنّه لم يظهر العمل بها من جمع فضلاً عن المشهور.

نعم، حكى(1) ذلک عن ابن حمزه.

ومثل روايه العلاء بن الفضيل مرسله العياشى فى تفسيره عن عبد الرحمن عن أبى عبداللّه عليه السلام (2).

قال الشيخ قدس سره فى المبسوط وابن إدريس فى السرائر: إنّ ديه الخطاء من الإبل عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وعشرون بنت لبون وعشرون حقه وعشرون جذعه(3)، ولكن لم يوجد فيما وصل إلينا من الأخبار ما يدلّ على ذلک، وأيضاً ورد فى ذيل صحيحه جميل، عن محمّد بن مسلم وزراره وغيرهما وزاد على بن حديد فى حديثه أنّ ذلک فى الخطاء قال: قيل لجميل: فإن قبل أصحاب العمد الديه كم لهم؟ قال: مئه من الإبل إلاّ أن يصطلحوا على مال أو ما شاءوا غير ذلک(4). وقد ذكرنا أنّ ما رواه ابن أبى عمير عن جميل فى أسنان الإبل غير معتبر؛ لأنّه رواه عن بعض

1- (1) حكاه السيد على الطباطبائى فى رياض المسائل 2 : 530 (الحجريه).
2- (2) تفسير العياشى 1 : 265 ، الحديث 227.
3- (3) المبسوط 7 : 115 ، السرائر 3 : 322.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 201 ، الباب 2 من أبواب ديات النفس، الحديث 7.

وتُستأدى فى ثلاث سنين، سواء كانت الديه تامّه أو ناقصه أو ديه طرف[1].

الشَرح:

أصحابنا فيكون بنحو الإرسال وروايه على بن حديد غير معتبر فى تفسيره أنّ ذلک فى الخطاء فلا يرفع اليد عمّا تقدّم فى صحيحه عبداللّه بن سنان.

[1] قد تقدّم أنّه لا فرق بين ديه شبه العمد والخطاء المحض فى أنّها تؤدى فى ثلاث سنين، بمعنى أنّ الديه تعطى أثلاثاً كلّ ثلث منها فى سنه بلا فرق بين ديه الخطاء شبه العمد أو الخطاء المحض فإنّها ظاهر ما ورد فى صحيحه أبى ولاّد عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: كان على عليه السلام يقول: «تستأدى ديه الخطاء فى ثلاث سنين، وتستأدى ديه العمد فى سنه»(1) وظاهر الاستيداء فى ثلاث سنين من غير تقييد هو التقسيط أثلاثاً بحيث يؤدّى ثلثه فى السنه الأُولى وثلثه الآخر فى الثانيه والثلث الأخير فى الثالثه.

ويدلّ على ذلک أيضاً صحيحه محمّد الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خدّيه فوثب المضروب على ضاربه فقتله؟ قال: فقال أبو عبداللّه عليه السلام : هذان متعدّيان جميعاً فلا أرى على الذى قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سنين فى كلّ سنه نجماً فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله يؤخذ بها فى ثلاث سنين ويرجع الأعمى على ورثه ضاربه بديه عينيه(2). فإنّ ظاهرها أنّ ديه الخطأ على عاقله الجانى تؤدّى فى ثلاث سنين، وإذا لم يكن للجانى عاقله فهى فى ماله، وهذه الصحيحه وإن لا تعمّ ديه غير النفس إلاّ أنّ صحيحه ولاّد عامّه تعمّ ديه النفس وديه الطرف سواء كانت تامّه أو ناقصه كديه المرأه، وسواء كانت مقدّره أو غير مقدّره فإنّ الديه شامله للأرش أيضاً على ما تقدّم سابقاً.

ودعوى اختصاصها بديه النفس كما هو المحكى عن بعض كتبه لاوجه لها كما

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 205 ، الباب 4 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

فهى مخفّفه في السن والصفه والاستيفاء. وهى على العاقله، لا يضمن الجانى منها شيئاً[1].

الشَرح:

أنّ دعوى الاختصاص بالديه المقدّره سواء كانت ديه النفس أو ديه الطرف كذلک، كما يجد ذلک موارد إطلاقاتها فى الأخبار.

ويستفاد من صحيحه محمّد الحلبى وغيرها أنّه إذا لم يكن فى مورد الجنايه خطأ عاقله للجانى تؤخذ الديه من مال الجانى.

ويلحق بذلک ما إذا لم تكن عاقلته متمكّناً من أدائها على ما يأتى فى باب العاقله.

ثمّ إنّه لو بنى على أنّ ديه الطرف والجروح المقدّره منه وغير المقدّره داخله فى مدلول صحيحه أبى ولاّد يكون مقتضاها تقسيط المقدّره والأرش مطلقاً بثلاثه أنجم سواء كان مساوياً لديه النفس أو زائداً عليها أو ناقصاً منها.

والقول بأنّها لو كانت بمقدار ثلث ديه النفس تؤدى فى السنه الأُولى، وإن كانت زائده عليها وبمقدار الثلثين أو دونهما يؤدّى مقدار الثلث فى السنه الأُولى والزائده فى السنه الثانيه، ولو كانت زائده على الثلثين يؤدّى الزائد عنهما فى السنه الثالثه، لا يمكن المساعده عليه بل مقتضى ظاهر صحيحه أبى ولاّد بإطلاقها هو التقسيط على ثلاثه أنجم فى جميع الصور.

[1] قد تقدّم أنّ ديه الخطأ المحض مخفّفه من حيث السنّ حيث يكفى فيها عشرون بنت مخاض أى الفصيل الأُنثى التى أكملت سنتها الأُولى بحيث تقبل أُمّها الحمل وإن لم تكن حاملاً وليس فيها اعتبار الخلفه أى الحامله وهذا من التخفيف فى السّن والوصف، وأمّا كونها مخفّفه من حيث الاستيفاء فقد تقدّم أنّه لا فرق بين ديه الخطاء المحض وديه شبه العمد فى أنّهما تستأديان فى ثلاث سنين كما تقدّم أنّ كون ديه الخطاء المحض على العاقله أمر متسالم عليه بين الأصحاب بل عند المخالفين

ولو قتل فى الشهر الحرام، أُلزم ديةً وثلثاً، من أىّ الأجناس كان، تغليظاً[1].
الشَرح:

أيضاً إلاّ المحكى(1) عن الأصم.

نعم، المحكى(2) عن المفيد وسلاّر ضمان الجانى الديه بحيث ترجع العاقله إليه ولا نعرف لذلک وجهاً إلاّ بعض الإطلاق ممّا لابدّ من رفع اليد عنه.

نعم، لو لم يكن للجانى عاقله أو كانوا فقراء فالديه على الجانى فى ماله كما ورد فى جنايه الأعمى ويأتى الكلام فيه فى بحث العاقله.

القتل فى الأشهر الحرم

[1] قد تقدّم تقدير الديه فى الأجناس الستّه والتقدير المذكور غير مراد إذا كان الجانى قتل فى أشهر الحرم وهى رجب وذى القعده الحرام وذيالحجّه والمحرم فإنّ الديه من أىّ الأجناس كانت، فيها تغليظ إذا وقع القتل فى هذه الأشهر.

ولا فرق فى ذلک بين ما كان القتل عمداً أو خطاءً شبه العمد أو الخطأ المحض ولعلّ كلّ ذلک ممّا لا خلاف فيه بين الأصحاب.

ويدلّ عليه معتبره كليب الأسدى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقتل فى الشهر الحرام ما ديته؟ قال: «ديه وثلث»(3) والمناقشه فى السند بأنّه لم يثبت توثيق لكليب لا مجال لها، فإنّه من المعاريف الذى لم يذكر فيه قدح سوى القول بأنّه واقفى مع أنّه روى الكلينى قدس سره عن محمّد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن حماد بن عيسى، عن الحسين بن المختار، عن زيد الشحام، عن أبى عبداللّه عليه السلام (4) ما يدلّ على حسن حاله، ومقتضى المعتبره عدم الفرق فى

1- (1) حكاه ابن إدريس فى السرائر 3 : 334 ، والنووى فى المجموع 19 : 143.
2- (2) حكاه السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج 2 : 197.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 203 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
4- (4) الكافى 1 : 390 - 391 ، الحديث 3.

وهل يلزم مثل ذلک فی حرم مکّه؟[1] قال الشیخان: نعم، ولا یعرف التغلیظ فیالأطراف.

الشَرح:

التغلیظ بین کون القتل عمداً أو خطاءً.

وفی الصحیح المروی فی الفقیه باسناده عن أبان، عن زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «علیه دیه وثلث» حیث روی فی الفقیه قبل هذا الحدیث عن ابن محبوب، عن علی بن رئاب، عن زراره قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل قتل رجلاً خطاءً فی أشهر الحرم؟ قال: علیه الدیه وصوم شهرین متتابعین من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا یدخل فیه العید وأیّام التشریق؟ فقال: یصومه فإنّه حقّ لزمه، ثم قال وفی روایه أبان عن زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام علیه دیه وثلث(1).

[1] المشهور بین الأصحاب قدیماً وحدیثاً أنّه یلحق القتل فی حرمِ مکّه بالقتل فی أشهر الحرم فی التغلیظ، ولکن یظهر من الماتن وجماعه أُخری التوقّف فی الإلحاق.

ویستدلّ علی الإلحاق بصحیحه زراره قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام : رجل قتل فی الحرم؟ قال: علیه دیه وثلث ویصوم شهرین متتابعین من أشهر الحرم، قال: قلت: هذا یدخل فیه العید وأیّام التشریق؟ فقال: یصومه فإنّه حقّ لزمه(2).

وبما رواه الکلینی قدس سره عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن أبی عمیر، عن أبان بن تغلب، عن زراره قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام : رجل قتل رجلاً فی الحرم؟ قال: علیه دیه وثلث ویصوم شهرین متتابعین من أشهر الحرم ویعتق رقبه ویطعم ستین مسکیناً، قال: قلت: یدخل فی هذا شیء؟ قال: وما یدخل؟ قلت: العیدان وأیام التشریق، قال: یصوم فإنّه حقّ لزمه(3).

1- (1) الفقیه 4 : 110 ، الحدیث 5212 - 5213.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.
3- (3) الكافى 4 : 140 ، الحديث 9.

....

الشَرح:

ولكنّ فى الاستدلال بهما على الإلحاق تأمّلاً فإنّ صحيحه زراره يحتمل أن يكون الوارد فى السؤال الحرم وهو جمع الحرام أى قتل فى أشهر الحرم لا الحرم أى حرم مكّه، ويؤيّد كونه جمعاً ما ورد فى ذيلها هذا: «يدخل فيه العيد وأيّام التشريق» وكذلک الحال فيما رواه الكلينى مع أنّ فى السند أيضاً على روايه الكلينى قدس سره وكذا فى دلالته إشكالاً فإنّ ابن أبى عمير يروى عن أبان بن تغلب وابن أبى عمير لم يلاقِه، فإنّ أبان بن تغلب توفى فى زمان الصادق عليه السلام وابن أبى عمير لم يدرک الصادق عليه السلام أصلاً، إلاّ أن يلتزم بالسهو فى النسخه بأن يكون الأصل بن أبى عمير عن أبان بن عثمان أو أبان وفسّر سهواً بأبان بن تغلب، ويؤيده أنّ الراوى عن زراره فى سائر الروايات هو أبان بن عثمان.

وأمّا المتن ففيه أيضاً أنّه لا يدخل فى صوم شهرى العيدين اللهم إلاّ أن يقال المراد لزوم محذور صوم يوم العيدين المعلوم المعروف عند المتشرعه حيث إنّ المحذور فى صوم كلّ منهما ثابت عندهم فيلزم فى الفرض صوم يوم الأضحى وصومه من صوم يوم العيدين.

وعلى الجمله، إلحاق حرم مكّه بأشهر الحرم فى الحكم مشكل، وكون حرمه الحرم ومكّه أقوى من حرمه أشهر الحرم لا يكون دليلاً على الإلحاق حيث لا يعلم أنّ مجرد حرمه أشهر الحرم تمام ملاک الحكم كما ذكرنا ذلک فى نظائر المقام؛ ولذا يجرى التغليظ فى أشهر الحرم حتّى فيما إذا كان القتل بنحو الخطاء المحض، وإذا كان جريان التغليظ فى القتل فى الحرم مشكلاً يكون التعدّى إلى سائر المحترمات كالقتل فى حرم النبى صلى الله عليه و آله وسائر الأئمه أشكل.

ثمّ إنّ التغليظ فى الديه فى القتل فى أشهر الحرم لا يختصّ بما إذا كان القاتل أو المقتول مسلماً، بل يجرى حتّى فيما كان المقتول كافراً كما هو مقتضى الروايات

....

الشَرح:

ودعوى أنّ تعقيب التغليظ بالتكفير يكون قرينه على الاختصاص بناءً على عدم ثبوت التكفير فيما إذا كان القاتل أو المقتول كافراً كماترى.

نعم، الموضوع للتغليظ فى الديه فى الروايات القتل ولا موجب للالتزام بالتغليظ فى الجنايه على الأطرف فالالتزام به فى الجروح لا وجه له، بل مقتضى ما ورد فى ديه الأطراف والجروح عدم الفرق بين وقوع الجنايه فى أشهر الحرم أو غيرها، ومن هنا لم يحرز الالتزام به فيها من أحد من أصحابنا.

بقى فى المقام ما ورد فى الروايات المتقدّمه من أمر الكفّاره فإنّ الكفّاره فى قتل العمد هى كفّاره الجمع، بلا فرق بين القتل فى أشهر الحرم أو غيرها، ولكن إذا وقع القتل فى أشهرها فالواجب على الجانى الصيام فى نفس أشهر الحرم كما ورد فى صحيحه زراره قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام : «إذا قتل الرجل فى شهر حرام صام شهرين متتابعين من أشهر الحرام»(1) حيث إنّ ظاهرها تعيّن كون الصيام فى أشهر الحرم وفى الصحيح عن عبداللّه بن سنان وابن بكير جميعاً، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئل عن المؤمن يقتل المؤمن متعمّداً إلى أن قال: فقال: «إن لم يكن علم به انطلق إلى أولياء المقتول فأقرّ عندهم بقتل صاحبه فإن عفوا عنه فلم يقتلوه أعطاهم الديه وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستّين مسكيناً توبه إلى اللّه عزّوجلّ»(2) ونحوها غيرها.

وأمّا إذا كان القتل خطاءً فالمشهور أنّ الكفّاره مرتّبه كما يقتضيه إطلاق صحيحه عبداللّه بن سنان قال: قال أبو عبداللّه عليه السلام : كفّاره الدّم إذا قتل الرجل مؤمناً متعمّداً إلى أن قال : وإذا قتل خطاءً أدّى ديته إلى أوليائه ثمّ أعتق رقبه فإن لم يجد صام شهرين متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستّين مسكيناً مدّاً مدّاً، وكذالک إذا وهبت له

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 203 - 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 30 ، الباب 9 من أبواب قصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

ديه المقتول فالكفاره عليه فيما بينه وبين ربّه لازمه(1). وصحيحه أبى المغرا، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يقتل العبد خطاءً، قال: عليه عتق رقبه، وصيام شهرين متتابعين، وصدقه على ستّين مسكيناً، قال: فإن لم يقدر على الرقبه كان عليه الصيام فإن لم يستطع الصيام فعليه الصدقه(2). فإنّ مقتضى الإطلاق فى الروايات عدم الفرق فى الكفّاره بين القتل فى أشهر الحرم وغيره؛ ولذا لم يلتزم أحد من الأصحاب بالتغليظ.

نعم، ذكر بعض الأصحاب أنّ المتعيّن فى القتل خطاءً صوم شهرين من أشهر الحرم إذا وقع القتل فى أشهرها وأنّه لا ترتيب فى الخصال فى هذه الصوره، وفى كفّاره قتل العمد وإن يجب الجمع بين الخصال إلاّ أنّه لا بدّ مع وقوع القتل فى أشهر الحرم من الصوم فى أشهر الحرم؛ وذلک لما ورد فى صحيحه زراره قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «إذا قتل الرجل فى شهر حرام صام شهرين متتابعين من أشهر الحرم »(3) وظاهرها تعيّن الصوم فى أشهر الحرم إذا كان القتل فيه عمداً أو خطاءً.

وإطلاق هذه الصحيحه وإن ينفى وجوب عتق الرقبه والإطعام إلاّ أنّه يرفع عن هذا الإطلاق بما دلّ على وجوب كفّاره الجمع فى القتل عمداً.

وأمّا بالإضافه إلى القتل خطاءً فيؤخذ بها وبالأُخرى من أنّ الكفّاره خصوص صيام شهرين من أشهر الحرم إذا وقع القتل خطاءً فيها وهى صحيحه زراره قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام رجل قتل رجلاً خطاءً فى أشهر الحرم؟ فقال: عليه الديه وصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا يدخل فيه العيد وأيّام التشريق، قال:

1- (1) وسائل الشيعه 22 : 374 ، الباب 10 من أبواب الكفّارات، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 34 ، الباب 10 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 203 - 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

....

الشَرح:

يصومه فإنّه حقّ لزمه(1). فيكون الترتّب فى الخصال مختصّاً بالقتل خطاءً إذا وقع القتل فى غيرها، ولكن يمكن أن يقال بحمل الصحيحه على أنّ صوم شهرين فى كفّاره القتل لابدّ من أن يقع فى أشهر الحرم إذا وقع القتل فيها، وأمّا أنّ هذه الكفّاره بنحو المتعيّن أو بنحو الترتّب فيؤخذ فى الخطاء بما دلّ على الترتّب.

نعم، بما أنّ عتق العبد غير ميسور فى مثل زماننا يتعيّن الصوم فإن وقع القتل فى أشهر الحرم فالواجب صيام شهرين من أشهر الحرم؛ ولذا لا أظن أن يلتزم القائل بسقوط الكفّاره عن القاتل خطأً إذا لم يتمكّن من صيام شهرين بأن لا يجب عليه حتّى إطعام ستّين مسكيناً.

وما ذكر قدس سره من أنّه يرفع عن إطلاقها فى القتل عمداً بما دلّ على وجوب الجمع فى القتل عمداً ففيه أنّ النسبه بينهما العموم من وجه لاختصاص الصحيحه بالقتل فى أشهر الحجّ، كان عمداً أو خطاءً، واختصاص ما دلّ على كفّاره الجمع بالقتل عمداً وعمومها بالإضافه إلى القتل فى أشهر الحرم أو غيرها هذا مع قطع النظر عمّا ذكرنا من الجمع.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق فى وجوب الكفّاره على الجانى فى القتل خطاءً بين شبه العمد والخطاء المحض وإن كان أداء الديه على الجانى يوجب ظهورها فى خصوص القتل بنحو شبه العمد إلاّ أنّ هذا لا ينافى ظهور ما لا يشتمل عليه فى القتل مطلقاً كالصحيحه الأُولى مع أنّه يمكن الالتزام بأنّ فى القتل خطاء محض الديه على الجانى، وأداءها على العاقله تكليف محضاً يتعيّن الرجوع بها على الجانى إذا لم يمكن استيفاؤها من العاقله لفقدها أو فقرها، ويأتى الكلام فى ذلک فى بحث العاقله.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

فرع: لو رمى فى الحلّ إلى الحرم فقتل فيه، لزم التغليظ. وهل يغلظ مع العكس؟ فيه تردّد ولا يُقتص من الملتجئ إلى الحرم فيه، ويُضيّق عليه فى المطعم والمشرب حتّى يخرج. ولو جنى فى الحرم، اقتص منه لانتهاكه الحرمه. وهل يلزم مثل ذلک فى مشاهد الأئمه عليهم السلام ؟ قال: به فى النهايه[1].

الشَرح:

ثمّ إنّ ما ورد فى الروايات من لزوم الصوم يوم العيد إنّما هو فيما إذا وقع القتل فى أثناء ذيالقعده، وأمّا إذا وقع فى رجب أو فى الليله الأُولى من ذيالقعده فيمكن له صوم ذيالقعده بتمامه ويوماً من ذى الحجه ثمّ يصوم البقيّه فى الشهور الآتيه؛ لأنّ صوم شهرين متتابعين يتحقّق بصيام شهر ويوم آخر على ما ورد من الروايه الدالّه عليه الحاكمه على ما دلّ على وجوب شهرين متتابعين فى كلّ مورد كموثقه سماعه بن مهران قال: سألته عن الرجل يكون عليه صوم شهرين متتابعين أيفرق بين الأيّام؟ فقال: «إذا صام أكثر من شهر فوصله ثمّ عرض له أمر فأفطر فلا بأس فإن كان أقلّ من شهر أو شهراً فعليه أن يعيد الصيام»(1).

ولكن لا يبعد أن يقال لا بأس بإتمام الشهرين من الأشهر الحرم ولو بالصوم يوم العيد أخذاً بإطلاق الروايات فى القتل فى أشهر الحرم.

فرع: لو رمى فى الحلّ إلى الحرم فقتل فيه

[1] قد تقدّم أنّ التغليظ فى الديه يختص بالقتل فى أشهر الحرم، وأمّا القتل فى الحرم فلا دليل على التغليظ فيه حتّى يجرى البحث فى الفرض من جهه تغليظ الديه.

نعم، لو تمّ الدليل على التغليظ فى صوره القتل فى الحرم فلا يبعد التفصيل بين ما إذا رمى من الحلّ فأصاب المقتول فى الحرم فقتله؛ لأنّ ظرف القتل هو الحرم بخلاف العكس فإنّ ظرف القتل وهو زهوق روح المقتول خارجه وإصابه الجرح

1- (1) وسائل الشيعه 10 : 372 ، الباب 3 من أبواب بقيه الصوم الواجب، الحديث 5.

....

الشَرح:

الموجب له فی خارجه فلا یلحق علیه التغلیظ.

وأمّا ما ذکره قدس سره من أنّه لا یقتصّ من الملتجئ إلی الحرم فی الحرم بل یضیّق علیه فی المطعم والمشرب حتّی یخرج من الحرم ویقتصّ منه فی خارجه فلا خلاف فیه بین الأصحاب، والظاهر عدم الفرق بین کون جنایته هو القتل أو غیره کما هو مقتضی الروایات الوارده، بل مقتضاها عدم الفرق بین الجنایه الموجبه للقصاص وبین موجب الحدّ، کما لا خلاف فی أنّه إذا کانت جنایته فی الحرم یجوز الاقتصاص وإجراء الحدّ علیه فیه؛ لأنّه لم یرَ للحرم حرمه.

ویشهد لذلک صحیحه معاویه بن عمار قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قتل رجلاً فی الحلّ ثمّ دخل الحرم؟ فقال: لا یقتل ولا یطعم ولا یسقی ولا یبایع ولا یؤذی حتّی یخرج من الحرم فیقام علیه الحدّ، قلت: فما تقول فی رجل قتل فی الحرم أو سرق؟ قال: یقام علیه الحدّ فی الحرم صاغراً؛ لأنّه لم یرَ للحرم حرمه وقد قال اللّه عزّوجلّ «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» فقال: هذا هو فی الحرم، وقال «لا عدوان إلاّ علی الظالمین»(1).

وصحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سألته عن قول اللّه عزّوجلّ: «ومن دخله کان آمناً» قال: إذا أحدث العبد فی غیر الحرم جنایه ثمّ فرّ إلی الحرم لم یسع لأحد أن یأخذه فی الحرم ولکن یمنع من السوق ولا یبایع ولا یطعم ولا یسقی ولا یکلّم فإنّه إذا فعل ذلک یوشک أن یخرج فیؤخذ وإذا جنی فی الحرم جنایه أُقیم علیه الحدّ فی الحرم؛ لأنّه لم یرعَ للحرم حرمه(2).

1- (1) وسائل الشیعه 13 : 225 ، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحدیث الأوّل. والآیتان 94 و93 فی سوره البقره.
2- (2) وسائل الشیعه 13 : 226 ، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحدیث 2.

وديه المرأه على النصف من جميع الأجناس[1].

الشَرح:

وصحيحه حفص بن البخترى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يجنى الجنايه فى غير الحرم ثمّ يلجأ إلى الحرم أيقام عليه الحد؟ قال: لا، ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلّم ولا يبايع فإنّه إذا فعل ذلک به يوشک أن يخرج فيقام عليه الحدّ وإذا جنى فى الحرم جنايه اُقيم عليه الحدّ فى الحرم؛ لأنّه لم يرَ للحرم حرمه(1). إلى غير ذلک.

ثمّ تعرّض قدس سره بأنّه هل يجرى ذلک فيمن التجأ إلى حرم النبى صلى الله عليه و آله أو حرم أحد المعصومين عليه السلام اقتصر حكايه الجريان عن الشيخ فى النهايه(2). ويستدلّ على الجريان بأنّ حرم رسول اللّه صلى الله عليه و آله ومشاهد الأئمه أشرف وأولى حرمه من الحرم فى مقابل الحلّ، بل ذكر فى التحرير أنّ المراد من المشهد البلد لا خصوص الروضه المنوره والصحن الشريف(3) والحاصل أنّه إذا ثبت الحكم فى الحرم فى مقابل الحلّ ثبت فيما ذكر؛ لأنّه أكثر وأولى حرمه.

أقول: كون مشاهدهم عليهم السلام فضلاً عن حرم رسول اللّه صلى الله عليه و آله أولى حرمه من الحرم المقابل للحلّ وإن كان ممّا لا ريب فيه إلاّ أنّ كون تمام ملاک الحكم الوارد فى تلک الروايات مجرّد حرمه الحرم ولا دخل فيه غيره من غير ورود خطاب شرعى فى غير الحرم، غير ظاهر، واللّه العالم.

ولا يخفى أنّ المناسب لذكر هذا الحكم، شرائط القصاص أو باب أحكام الحرم لا الديات ولم يظهر وجه لمناسبه ذكر الماتن إيّاه فى المقام.

ديه المرأه

[1] بلا خلاف من أصحابنا بل من المخالفين أيضاً إلاّ ما عن ابن عليه

1- (1) وسائل الشيعه 13 : 227 ، الباب 14 من أبواب مقدمات الطواف، الحديث 5.

2- (2) النهايه: 702.
3- (3) استظهره فى الجواهر 43 : 32 . ولم نعثر عليه فى التحرير.

....

الشَرح:

والأصم(1) حيث إنّهما قالا: ديتها كديه الرجل.

ويدلّ على التنصيف فى ديه النفس بلا فرق بين الكبيره والصغيره والعاقله والمجنون وسليمه الأعضاء وغيرها والمؤمنه وغيرها من الفرق المسلمين غير واحد من الروايات كصحيحه عبداللّه بن مسكان، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: ديه المرأه نصف ديه الرجل(2). وصحيحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول فى رجل قتل امرأته متعمداً فقال: «إن شاء أهلها أن يقتلوه ويؤدّوا إلى أهله نصف الديه وإن شاؤوا أخذوا نصف الديه خمسه آلاف درهم»(3).

وفى صحيحه الحلبى وأبى عبيده، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئل عن رجل قتل امرأه خطأ وهى على رأس الولد تمخض، قال: «عليه الديه خمسه آلاف درهم، وعليه للذى فى بطنها غره وصيف أو وصيفه أو أربعون ديناراً»(4).

وصحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام فى الرجل يقتل المرأه، قال: «إن شاء أولياؤها قتلوه وغرموا خمسه آلاف درهم لأولياء المقتول، وإن شاؤوا أخذوا خمسه آلاف درهم من القاتل»(5) وإلى غير ذلک ومقتضى الإطلاق فى مثل صحيحه عبداللّه بن مسكان عدم الفرق بين أجناس الديه، وما ورد من خمسه آلاف درهم مثل ما ورد فى بعض الروايات ديه الرجل عشره آلاف درهم ناظر إلى صوره تأديتها من الدرهم وإلاّ فلا خصوصيه للدرهم إلاّ ما ورد فى بعض الروايات من سهوله أدائها منه لوفور الدرهم بالإضافه إلى أهل الأمصار.

1- (1) حكاه عنهما الشيخ فى الخلاف 5 : 254 ، المسأله 63 . والنووى فى المجموع 19 : 54.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 205 ، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 205 ، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 206 ، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 206 ، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

وديه ولد الزنا إذا أظهر الإِسلام ديه المسلم[1]، وقيل: ديه الذمى، وفى مستند ذلک ضعف.

الشَرح:

كما أنّ مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الديه ديه النفس أو ديه الجراحات والأطراف فإنّها فى ذلک كلّه فى المرأه نصف ديه الرجل.

نعم، تساوى فيهما ديه المرأه ديه الرجل إلى الثلث وإذا بلغت رجعت ديتها إلى النصف كما يدلّ عليه الروايات.

منها صحيحه أبان بن تغلب المستفاد منها عدم الفرق بين ديه الرجل والمرأه فى أجناس الديه أيضاً قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ما تقول فى رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأه كم فيها؟ قال: عشره من الإبل، قلت: قطع اثنتين؟ قال: عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان اللّه يقطع ثلاثاً فيكون عليه ثلاثون ويقطع أربعاً يكون عليه عشرون؟! إنّ هذا كان يبلغنا ونحن بالعراق فنبرأ ممّن قاله ونقول: الذى جاء به شيطان، فقال: مهلاً يا أبان هذا حكم رسول اللّه صلى الله عليه و آله إنّ المرأه تعاقل الرجل إلى ثلث الديه فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف، يا أبان إنّک أخذتنى بالقياس والسنّه إذا قيست محق الدين(1). وموثّقه سماعه قال: سألته عن جراحه النساء، فقال: «الرجال والنساء فى الديه سواء حتّى تبلغ الثلث، فإذا جازت الثلث فإنّها مثل نصف ديه الرجل»(2) إلى غير ذلک.

ديه ولد الزنا

[1] ظاهر كلام الماتن أنّ ولد الزنا إذا أظهر الإسلام فديته ديه المسلم ومع عدم الإظهار لم تثبت له ديه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 352 ، الباب 44 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 352 ، الباب 44 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

....

الشَرح:

نعم، قيل والقائل السيد المرتضى(1) والصدوق(2) (قدّس سرهما) إنّ ديه ولد الزنا ديه الذمّى أى ثمانمئه درهم إذا كان ذكراً وإن كان أُنثى فأربعمئه درهم بلا فرق بين إظهاره الإسلام وعدمه.

وما ذكره قدس سره من ثبوت ديه المسلم إذا أظهر الإسلام هو ممّا لم يوجد فيه مخالف ممّن تأخر عن المصنف كما فى الجواهر(3)، بل هو المنسوب إلى المشهور قديماً وحديثاً.

نعم، المحكى عن حواشى الشهيد أنّه إذا لم يظهر الإسلام فديته ديه الذمّى(4).

والمتحصّل أنّ فى ديه ولد الزنا ثلاثه أقوال:

الأوّل: ثبوت ديه المسلم إذا أظهر الإسلام وإلاّ فلا ديه له.

الثانى: أنّه إذا أظهر الإسلام أو لم يظهر فديته ديه الذمّى.

الثالث: التفصيل بين إظهاره الإسلام تكون ديته ديه المسلم وإلاّ يكون ديته ديه الذمّى.

ولايخفى أنّ ما ورد فى ديه النفس وديه الأطراف يعمّ المولود للمسلم ولو كان زانياً والخارج عنه الكافر سواء كان ذمياً أو غيره، ويعلم بخروج الكافر ما ورد فى ديه الذمّى بأنّه ثمانمئه درهم كما يأتى، وإذا كان الذمّى خارجاً يخرج غيره يعنى الكافر الحربى قطعاً ولم يثبت فيه حتّى ديه الذمّى.

وعلى الجمله، فالمولود من المسلم الزانى بل من الزانيين المسلم والمسلمه

1- (1) رسائل المرتضى 1 : 254.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 153 ، الحديث 5340.

3- (3) جواهر الكلام 43 : 33.
4- (4) انظر جواهر الكلام 43 : 34.

....

الشَرح:

داخل فيما دلّ على كون ديه النفس من الأجناس، بل الولد المفروض محكوم بالإسلام كما يظهر ذلک ممّا ورد فی جواز أكل ذبيحه ولد الزّنا.

وفی صحيحه صفوان بن يحيی، قال: سأل المرزبان أبا الحسن عليه السلام عن ذبيحه ولد الزنا قد عرفناه بذلک؟ قال: «لا بأس به»(1) الحديث ولو كان محكوماً بالكفر حتّی فيما أظهر الإسلام لم يجز أكل ذبيحته لاشتراط إسلام الذابح.

وممّا ذكرنا من الأقوال فی المسأله وغيره يعلم أنّه لا أعتبار بكلام محكی(2) عن المرتضی قدس سره حيث قال بعد ذكر مختاره والحجه علی ذلک بعد الإجماع المتردّد أنّا قد بيّنا أنّ مذهب الطائفه أنّ ولد الزنا لا يكون قطّ طاهراً ولا مؤمناً بإيثاره واختياره وإن أظهر الإيمان وهم علی ذلک قاطعون وبه عاملون فإذا كانت هذه صورته عندهم فيجب أن تكون ديته ديه الكفّار من أهل الذمّه للحوقه فی الباطن بهم(3).

ثمّ تعرّض قدس سره للإشكال بأنّه إذا لم يخرج ولد الزنا إلی الإسلام فكيف يكون مكلّفاً وأجاب عنه بما يعدّ فراراً عن الجواب(4).

أقول: العمده فی الحكم بكفر ولد الزنا ما ورد من النهی عن الاغتسال من ماء بالوعه الحمام معلّلاً بأنّه يسيل فيه ما يغتسل به ولد الزنا والناصب لنا أهل البيت(5)، وفی بعضها أنّ ولد الزنا لا يطهر إلی سبعه آباء(6).

ولكنّ لا يخفی أنّ النهی عن الاغتسال كما ذكرنا فی بحث الطهاره ليس للإرشاد

1- (1) وسائل الشيعه 24 : 47 ، الباب 25 من أبواب الذبائح، الحديث الأوّل.
2- (2) حكاه فی كشف اللثام 2 : 496 (الحجريه).
3- (3) الانتصار: 544 ، المسأله 305.
4- (4) المصدر السابق.

5- (5) وسائل الشيعه 1 : 218 ، الباب 11 من أبواب الماء المضاف، الحديث الأوّل.
6- (6) وسائل الشيعه 1 : 219 ، الباب 11 من أبواب الماء المضاف، الحديث 4.

....

الشَرح:

إلى تنجس الماء، بل للردع عمّا كان الناس بزعم أنّ الاغتسال ببالوعه الحمام استشفاء والإمام عليه السلام كان بصدد الردع وأنّه كيف يكون فى الاغتسال به أو فيه شفاء مع أنّ فيه غساله ولد الزنا والجنب والناصبى وإلاّ لم يكن لذكر الجنب وجه، والمراد من عدم طهاره ولد الزنا، الطهاره من شؤمه الزنا، لا الطهاره الخبثيه كما يظهر ذلک من ملاحظه تلک الأخبار.

والحاصل أنّ ولد الزنا لا يدخل فى عنوان الكافر الذمّى لا فيما أظهر الإسلام ولا فيما لم يظهره، بل إذا كان ولد الزنا بزنا المسلم أوالمسلمه فهو مسلم أظهر الإسلام أو لم يظهره كسائر أطفال المسلمين.

نعم، ورد فى بعض الروايات أنّ ديته ديه الذمّى كخبر إبراهيم بن عبدالحميد، عن جعفر عليه السلام قال: قال: «ديه ولد الزنا ديه الذمى ثمانمئه درهم»(1) وفى مرسله عبدالرحمن بن عبدالحميد، عن بعض مواليه، قال: قال لى أبو الحسن عليه السلام : ديه ولد الزنا ديه اليهودى ثمانمئه درهم»(2) ومثلها مرسله جعفر بن بشير(3)؛ ولضعفهما سنداً الأوّل بعبد الرحمن بن حمّاد وغيره بالإرسال وغيره مع عدم عمل المشهور بها غير قابل الاعتماد عليها.

ثمّ إنّه قد ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن ديه ولد الزنا، قال «يعطى الذى أنفق عليه ما أنفق»(4) وهذه بظاهرها لم يعهد من الأصحاب العمل به واحتمل حملها على صوره عدم إظهاره الإسلام.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 223 ، الباب 15 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 222 ، الباب 15 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 222 ، الباب 15 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 223 ، الباب 15 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

وديه الذمّى: ثمان مئه درهم، يهوديّاً كان أو نصرانيّاً أو مجوسيّاً. وديه نسائهم على النصف. وفى بعض الروايات: ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ديه المسلم. وفيبعضها ديه اليهودى والنصرانى أربعه آلاف درهم والشيخ رحمه الله : نزّلهما على من يعتاد قتلهم، فيغلّظ الإِمام الديه بما يراه من ذلک حسماً للجرأه[1].

الشَرح:

ولكن لا يبعد حملها على الزنا من طرفى الرجل والمرأه وحيث إنّ الديه للنفس كما هو ظاهرها انقطاع الإرث من الطرفين وعدم ضمان الجريره والولاء تصل إلى الإمام عليه السلام فله أن يعفو الجانى عن الديه فى غير مقدار ما أنفق عليه المنفق عليه وأمره بإعطاء ذلک المقدار للمنفق عليه، واللّه العالم.

ديه الذمّى

[1] المعروف بين أصحابنا أنّ ديه الذمّى سواء كان يهوديّاً أو نصرانيّاً أو مجوسيّاً ثمانمئه درهم كما يشهد لذلک عدّه من الروايات كصحيحه أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : إبراهيم يزعم أنّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى سواء؟ فقال: «نعم، قال الحق»(1) وصحيحه يونس عن ابن مسكان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ثمانمئه درهم»(2) وموثقه ليث المرادى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن ديه النصرانى واليهودى والمجوسى، فقال: «ديتهم جميعاً سواء، ثمانمئه درهم»(3) ومعتبره محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: «ديه الذمى ثمانمئه درهم»(4).

وموثّقه سماعه بن مهران، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: بعث رسول اللّه صلى الله عليه و آله

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 217 ، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 217 ، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 218 ، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 5.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 108 ، الباب 47 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 5.

....

الشَرح:

خالد بن الوليد إلى البحرين فأصاب بها دماء قوم من اليهود والنصارى والمجوس، فكتب إلى النبى صلى الله عليه و آله إنّى أصبت دماء قوم من اليهود والنصارى فوديتهم ثمانمئه درهم ثمانمئه وأصبت دماء قوم من المجوس ولم تكن عهدت إلىّ فيهم عهداً، فكتب إليه رسول اللّه: إنّ ديتهم مثل ديه اليهود والنصارى، وقال: إنّهم أهل الكتاب(1). وظاهر ذيل الحديث أنّ المجوس أهل الكتاب كاليهودى والنصارى لا أنّه ملحق لهم فى جمله من الأحكام فقط. ونحوها موثّقه زراره(2).

هذا فى الرجل الذمّى الحرّ.

وأمّا نساؤهم فديتهن على النصف أربعمئه درهم كما هو ظاهر كلمات الأصحاب أيضاً ويقتضيه ما دلّ على أنّ ديه المرأه على نصف ديه الرجل، كما أنّ ديه أعضائه على حساب ديه نفسه أخذاً بالإطلاق فيما ورد فى ديه الأعضاء.

ويدلّ عليه أيضاً مثل صحيحه بريد العجلى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مسلم فقأ عين نصرانى، قال: «ديه عين النصرانى أربعمئه درهم»(3).

وفى مقابل ما تقدّم من الروايات الوارده فى ديه الذمّى وتحديدها بثمانمئه، طائفتان من الأخبار:

إحداهما ما ورد فى أنّ ديته كديه المسلم.

منها موثقه سماعه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن مسلم قتل ذمّياً، فقال: هذا شىء شديد لا يحتمله الناس فليعطِ أهله ديه المسلم حتّى ينكل عن قتل أهل السواد وعن قتل الذمّى، ثمّ قال: لو أنّ مسلماً غضب على ذمّى فأراد أن يقتله ويأخذ أرضه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 218 ، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 7.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 220 ، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 11.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 218 ، الباب 13 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

....

الشَرح:

ويؤدّي إلى أهله ثمانمئه درهم إذاً يكثر القتل فى الذمّيين ومن قتل ذمّياً ظلماً فإنّه ليحرم على المسلم أن يقتل ذميّاً حراماً ما آمن بالجزيه وأدّاها ولم يجحدها(1).

وصحيحه أبان بن تغلب عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى ديه المسلم(2).

ثانيتهما: ما ورد فى أنّ ديتهم أربعه آلاف درهم أو أنّ: «ديه اليهودى والنصرانى أربعه آلاف درهم وديه المجوسى ثمانمئه درهم»(3) وفى مرسله الفقيه قال: روى أنّ ديه اليهودى والنصرانى والمجوسى أربعه آلاف درهم أربعه آلاف درهم؛ لأنّهم أهل الكتاب(4). وفى روايه أبى بصير التى ضعف سندها بعلى بن أبى حمزه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليهودى والنصرانى أربعه آلاف درهم، وديه المجوسى ثمانمئه درهم»(5) والتفصيل بين المجوسى وبين النصرانى واليهودى موافق لفتاوى بعض العامّه، وبما أنّ الروايتين ضعيفتان سنداً لا تصلحان للمعارضه بما تقدّم.

وأمّا الطائفه الأُولى التى تدلّ على أنّ ديه الذمّى ديه المسلم فتحمل على التقيّه؛ لأنّ كون ديه الذمّى ديه المسلم من مذهب العامه، وإن حملها الشيخ على مسلم يعتاد قتل الذمّى وحملها الصدوق قدس سره على ديه ذمّى قام بالوفاء بشرائط الذمّه(6).

وفى كلا الحملين ما لا يخفى فإنّ الحمل الأوّل بلا شاهد، والثانى بلا وجه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 221 ، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 221 ، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 222 ، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

4- (4) من لا يحضره الفقيه 4 : 122 ، الحديث 5253.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 222 ، الباب 14 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.
6- (6) من لا يحضره الفقيه 4 : 122 ، ذيل الحديث 5254.

ولا ديه لغير أهل الذمّه من الكفّار، ذوى عهد كانوا أو أهل حرب بلغتهم الدعوه أو لم تبلغ[1].

وديه العبد قيمته[2]، ولو تجاوزت ديه الحر رُدَّت إليها. وتؤخذ من مال الجانى الحر، إن كانت الجنايه عمداً أو شبيهاً،

الشَرح:

حيث إنّ الذمّى مع خروجه عن شرايط الذمّه يلحق بالحربى ولا ديه فى قتل الحربى.

لا ديه لغير الذمّى من الكفّار

[1] وأمّا غير أهل الذمّه من الكفّار فلا ديه له، سواء كانوا ذوى العهد أو أهل الحرب بلغته الدعوه إلى الإسلام أو لم تبلغ وذلک فإنّ ما ورد فى تحديد ديه النفس والأطراف لا يعمّ غير المسلم، كما يظهر ذلک من مقدار الحد، وليس فى البين دليل آخر يدلّ على ثبوت ديه فى غير أهل الكتاب، وما ورد فى أهل الكتاب قد قيّد بالذمّى فى بعض الروايات، ومقتضاه عدم ثبوتها مع عدم الذمّه ويساعده الاعتبار لعدم الحرمه لغير المسلم.

نعم، لا يبعد الالتزام بأنّ للإمام مع كون قتل الذمّى فى معرض الفساد أن يأخذ ديه المسلم من قاتله دفعاً للفساد ومنعاً عن الاعتياد كما يظهر ذلک من موثّقه سماعه المتقدّمه(1).

ديه العبد

[2] بلا خلاف معروف ويشهد له جمله من الروايات كصحيحه أبى بصير، عن أحدهما عليه السلام حيث ورد فيها: «لا يقتل حرّ بعبدٍ ولكن يضرب ضرباً شديداً ويغرم ثمنه ديه العبد»(2) وصحيحه عبداللّه مسكان عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه العبد قيمته

1- (1) تقدمت فى الصفحه 46.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 207 ، الباب 6 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.

ومن عاقلته إن كانت خطأ[1]. وديه أعضائه وجراحاته، مقيسه على ديه الحرّ، فما فيه ديته ففى العبد قيمته كاللسان والذكر، لكن لو جنى عليه جانٍ بما فيه قيمته، لم يكن لمولاه المطالبه إلاّ مع دفعه. وكلّ ما فيه مقدر فى الحرّ من ديته فهو فى العبد كذلک من قيمته.

ولو جنى عليه جانٍ بما لا يستوعب قيمته كان لمولاه المطالبه بديه الجنايه مع إمساک العبد[2]،

الشَرح:

فإن كان نفيساً فأفضل قيمته عشره آلاف درهم ولا يجاوز به ديه الحر»(1) ونحوها غيرها.

[1] على المشهور وذلک أخذاً بإطلاق ما دلّ على أنّ العاقله تتحمل الديه فى الخطأ وما دلّ على أنّ الديه فى شبه الخطاء والعمد على الجانى إطلاقه يعمّ ما إذا كان المقتول حرّاً أو عبداً، وعلى ذلک أيضاً الديه فى الجنايه عليه فيأعضائه، فإن كانت الجنايه عليه فى أعضائه بما فيه قيمته لم يكن لمولاه المطالبه بقيمته إلاّ مع دفع العبد إلى الجانى كما فى الجنايه عليه بقطع لسانه وذكره.

ويدلّ على ذلک موثّقه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه قال: قال على عليه السلام : «إذا قطع أنف العبد أو ذكره أو شىء يحيط بقيمته أدّى إلى مولاه قيمه العبد وأخذ العبد»(2) ونحوها روايه أبى مريم الأنصارى(3).

ومنه يظهر ما إذا قطع يدى العبد فإنّه إذا كان القطع خطأ أو عمداً لا يكون لمولاه المطالبه بقيمته إلاّ بعد دفع العبد، وديه أعضاء العبد على حساب قيمته كحساب ديه أعضاء الحرّ بالإضافه إلى ديه النفس.

[2] والوجه فى ذلک ظاهر فإنّ العبد ملک لمولاه والجنايه عليه بما لا يستوعب

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 207 ، الباب 6 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 338 ، الباب 34 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
3- (3) التهذيب 10 : 194 ، الحديث 60.

وليس له دفع العبد والمطالبه بقيمته[1]. وما لا تقدير فيه من الحرّ ففيه الأرش، ويصير العبد أصلاً للحرّ فيه.

الشَرح:

قيمته نقص فى ملكه فله المطالبه ببدلها ديه كانت أو أرشاً؛ ولذا لا يجوز للمولى إجبار الجانى أن يأخذ العبد فى الفرض ويعطى قيمته حيث إنّ الجنايه لم توجب فى الفرض نقصاً يستوعب قيمته فإلزام مولاه الجانى بأخذ العبد وإعطاء القيمه يحتاج إلى دليل.

ويدلّ على لزوم إعطاء العبد جانيه بأخذ مولاه تمام قيمته فى صوره استيعاب الجنايه موثّقه غياث المتقدّمه(1) عن جعفر، عن أبيه قال: قال على عليه السلام وأمّا فيما لا تستوعب الجنايه قيمته فلمولاه ديتها أو أرشها، كما يدلّ عليه معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار فى الثمن»(2).

[1] ذكروا فى ديات الأعضاء والشجاج والمنافع أنّ كلّ جنايه فيها ديه مقدّره إذا وقعت على الحرّ فتحسب الديه فى تلك الجنايه على العبد بنسبه ديه الحرّ، بخلاف ما إذا لم تكن فى الجنايه على الحرّ ديه مقدّره فتؤخذ فى تلك الجنايه على العبد بالأرش أى بالتفاوت ما بين قيمته بلا وقوع تلك الجنايه عليه وقيمته بعد وقوعها فتكون نسبه التفاوت أرشاً فيعيّن أرش الجنايه على ذلک الحساب، فإذا كان الأرش فى العبد ثلث قيمته يكون فى الحرّ ثلث ديه النفس؛ ولذا يقال: ما فيه تقدير من الجنايات على الحرّ فالحرّ فيها أصل، وما ليس فيه تقدير فالعبد فيها أصل. هذا على مسلک المشهور فى تعيين الأرش المسمّى بالحكومه، ولكن لم يقم على كون الأرش والحكومه فى الحرّ كذلک دليل يعتمد عليه غير دعوى الإجماع، والظاهر

1- (1) فى الصفحه السابقه.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 388 ، الباب 8 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 2.

ولو جنى العبد على الحرّ خطأً، لم يضمنه المولى[1]، ودفعه إن شاء أو فداه بأرش الجنايه، والخيار فى ذلک إليه، ولا يتخيّر المجنى عليه. وكذا لو كانت جنايته لا تستوعب ديته، تخيّر مولاه فى دفع أرش الجنايه أو تسليم العبد ليسترقّ منه بقدر تلک الجنايه.

الشَرح:

كونه مدركيّاً حيث علّل فى جمله من الكلمات بعدم طريق آخر إذا أُريد عدم ذهاب حقّ المسلم هدراً.

جنايه العبد على الحرّ خطأً

[1] يعنى ليس للحرّ إلزام مولاه بدفع الديه عن جنايه العبد عليه، بلا فرق بين أن يكون ديه الجنايه على الحرّ، أكثر من قيمه العبد أم لا، بل الخيار فى ذلک إلى مولاه بأن يعرض جنايه عبده على الحرّ بإعطاء أقلّ الأمرين من أرش الجنايه أو قيمه العبد أو إعطاء نفس العبد.

وكذا فيما إذا لم تكن ديه جنايته مستوعبه لقيمه العبد بأن كان أقلّ من قيمته فيتخيّر أيضاً بين إعطاء أرش جنايته أو دفع العبد ليسترقّ المجنى عليه منه بقدر الأرش فيباع ويأخذ المجنى عليه مقدار الأرش ويؤدّى باقى القيمه إلى مولاه، بلا فرق بين أقسام العبد من القنّ والمدبّر والمكاتب المشروط.

ويجرى ما ذكر فى الأمه أيضاً بل فى أُمّ الولد، وقد تقدّم ذلک فى جنايه العبد على الحرّ فى مباحث القصاص، وقد ذكرنا أنّ ذلک مقتضى ما ورد من أنّ جنايه العبد على رقبته لا على مولاه، غايه الأمر أنّ للمولى فى مورد جنايه عبده على الحرّ خطاءً أن يفدى جنايته.

وأمّا ما ورد فى أنّ جنايه أُمّ الولد على مولاها وهى روايه مسمع بن عبدالملک، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «أُم الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيّدها، وما كان من

ويستوى فى ذلک کلّه، القن والمدبَّر، ذکراً کان أو انثى. وفى أُمّ الولد تردّد، على ما مضى والأقرب أنّها کالقن فإذا دفعها المالک فى جنايتها استرقّها المجنى عليه أو ورثته. وفى روايه: جنايتها على مولاها[1].

الشَرح:

حقوق اللّه عزّوجلّ فى الحدود فإنّ ذلک فى بدنها»(1) الحديث.

[1] لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها بنعيم بن إبراهيم.

ويدلّ على تخيير مولاه بين الفداء عن جنايه عبده خطاء والإمساک به أو تسليمه لاسترقاق المجنى عليه أو أوليائه صحيحه جميل قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : مدبّر قتل رجلاً خطاء من يضمن عنه؟ قال: «يصالح عنه مولاه، فإن أبى دفع إلى أولياء المقتول»(2) الحديث، ونحوها صحيحه محمّد بن حمران(3).

وفى صحيحه أبى بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن مدبّر قتل رجلاً عمداً؟ فقال: يقتل به، قلت: فإن قتله خطاءً، فقال: يدفع إلى أولياء المقتول فيكون رقّاً لهم(4).

وعلى الجمله، بما أنّ جنايه العبد على رقبته والديه فى ثمنه فللمولى أن يدفعه إلى المجنى عليه أو أوليائه، وبما أنّ الديه فى جنايته العبد، تكون فى قيمته فلمولاه أن يدفعها إلى المجنى عليه أو أوليائه، من غير فرق بين أن يستوعب جنايته قيمته أو كانت أكثر، وأمّا إذا كانت أقلّ ولم يدفعها مولاه يسترقّ المجنى عليه بمقدار الديه فيباع ويعطى الزائد إلى مولاه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 103 ، الباب 43 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 211 ، الباب 9 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 211 ، الباب 9 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 102 ، الباب 42 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

النظر الثانى

ص :53

سفید

ص :54

النَّظرُ الثانى

فى موجبات الضمان: والبحث: إمّا فى المباشره، أو التسبيب، أو تزاحم الموجبات[1].

أمّا المباشره: فضابطها: الإتلاف، لا مع القصد إليه، كمن رمى غرضاً فأصاب إنساناً، أو كالضرب للتأديب فيتّفق الموت منه.

الشَرح:

النظر الثانى

فى موجبات الضمان

[1] مراده قدس سره أنّ الموجب لضمان الديه أُمور ثلاثه: المباشره والتسبيب وتزاحم الموجبات.

والمراد بتزاحم الموجبات اجتماع المباشره والتسبيب وتقديم أحدهما على الآخر فى كون الضمان على المباشر أو على المسبّب، والمعيار فيه استناد التلف إلى أىّ منهما؛ ولذا اقتصر بعضهم على ذكر المباشره والتسبيب.

البحث الأوّل: فى المباشره

ومن اللواحق مسائل:

اشاره

(الأُولى): من دعاه غيره، فأخرجه من منزله ليلاً، فهو له ضامن حتّى يرجع إليه[1]. فإن عدم، فهو ضامن لديته. وإن وجد مقتولاً، وادّعى قتله على غيره، وأقام بيّنه فقد برئ. وإن عدم البيّنه، ففى القود تردّد، والأصحّ أنه لا قود، وعليه الديه فى ماله. وإن وجد ميّتاً ففى لزوم الديه تردّد، ولعلّ الأشبه أنه لا يضمن.

الشَرح:

من دعا غيره فأخرجه من منزله ليلاً فهو له ضامن

[1] لا خلاف بين الأصحاب فى أنّ من دعا غيره ليلاً فأخرجه من منزله فهو له ضامن حتّى يرجع إلى بيته، فإن لم يرجع فقد يكون ديته على من أخرجه من ماله، فإن كان ذلک من واحد فتمام ديته عليه ومع التعدّد يكون على الجميع بالسويه.

ويشهد لذلک ما عبّر فى كلمات بعض الأصحاب بصحيحه عمرو بن أبى المقدام (ثابت بن هرمز) أنّ رجلاً قال لأبى جعفر المنصور وهو يطوف: يا أمير المؤمنين إنّ هذين الرّجلين طرقا أخى ليلاً فأخرجاه من منزله فلم يرجع إلىّ ووالله ما أدرى ما صنعا به؟ فقال لهما: ما صنعتما به؟ فقال: يا أمير المؤمنين كلّمناه ثمّ رجع إلى منزله إلى أن قال: فقال لأبى عبدالله جعفر بن محمّد عليهماالسلام : اقض بينهم إلى أن قال: فقال يا غلام اكتب: بسم الله الرحمن الرحيم قال رسول الله صلى الله عليه و آله كلّ من طرق رجلاً بالليل فأخرجه من منزله فهو ضامن إلاّ أن يقيم عليه البيّنه أنّه قد ردّه إلى منزله يا غلام نحّ ِ هذا فاضرب عنقه، فقال: يا بن رسول الله والله ما أنا قتلته ولكنّى أمسكته ثمّ جاء هذا فوجأه فقتله، فقال: أنا ابن رسول الله يا غلام نحّ ِ هذا فاضرب عنقه للآخر، فقال: يابن رسول الله ما عذّبته ولكنّى قتلته بضربه واحده فأمر أخاه فضرب عنقه، ثمّ أمر بالآخر فضرب جنبيه وحبسه فى السّجن ووقع على

....

الشَرح:

رأسه يحبس عمره ويضرب كلّ سنه خمسين جلده(1).

وروى الشيخ قدس سره بإسناده عن جعفر بن محمّد القمى، عن عبداللّه بن ميمون، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا دعا الرجل أخاه بليل فهو له ضامن حتّى يرجع إلى بيته»(2) وسنده إلى جعفر بن محمّد بن عبداللّه القمى ضعيف، والروايه الأُولى رواها الكلينى(3) بسند ضعيف ورواها الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد، عن محمّد بن الفضيل، عن عمرو بن أبى المقدام ومحمّد بن الفضيل لا يبعد كونه مردّداً.

وكيف كان فالحكم متسالم عليه بين الأصحاب فى صوره فقد الرجل.

وأمّا إذا وجد مقتولاً ففى كون الضمان على المخرج بالديه كما فى صوره الفقدان أو يتعلّق على المخرج القود خلاف، وما ورد فى الروايه الضمان لا يدلّ على القود، غايه الأمر يثبت عليه الديه فإنّه لا يقصر عن صوره الفقدان.

نعم، لو ادّعى أولياؤه القتل على من أخرجه من بيته يحتاج إثباته إلى القسامه فإنّه مورد اللوث؛ ولذا لا تبرؤ ذمه المخرج إلاّ أن يقيم البيّنه على أنّه أرجعه إلى منزله.

والحاصل أنّ القتل عمداً ثبوته يحتاج إلى مثبت وإذا وجد ميّتاً فعلى المخرج الضمان إذا احتمل دخل إخراجه فى موته، وإلاّ لا يكون عليه شىء لانصراف الروايه عن صوره عدم احتمال دخاله إخراجه فى موته.

ثمّ لا يخفى أنّ ما ورد فى الروايه من أمر الإمام عليه السلام بضرب عنق الأوّل للآخر لا يدلّ على أنّ الضمان يوجب القصاص، بل كان أمره عليه السلام بضرب عنقه لاستظهار الحال، وإلاّ لم يكن للغلام دخل فى القصاص فإنّه حقّ أولياء الميّت؛ ولذا بعد ثبوت

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 51 ، الباب 18 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) التهذيب 10 : 222 ، الحديث 2.
3- (3) الكافى 7 : 287 ، الحديث 3.

(الثانيه): إذا أعادت الظئر الولد، فأنكره أهله، صُدِّقت[1] ما لم يثبت كذبها، فيلزمها الديه أو إحضاره بعينه أو من يحتمل أنّه هو، ولو استأجرت أُخرى، ودفعته بغير إذن أهله، فجُهِل خبره، ضمنت الديه.

الشَرح:

القتل بإقرار الآخر أمر الإمام عليه السلام أخا المقتول بالاقتصاص منه.

إذا أعادت الظئر الولد فأنكره أهله

[1] كما يدلّ على ذلک صحيحه الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل استأجر ظئراً فدفع إليها ولده فغابت بالولد سنين ثمّ جاءت بالولد وزعمت أُمّه أنّها لا تعرفه وزعم أهلها أنّهم لا يعرفونه؟ فقال: «ليس لهم ذلک فليقبلوه إنّما الظئر مأمونه»(1) ومقتضى كونها مأمونه أنّها لو ادّعت موت الطفل قبلت دعواها ولا يكون لأهله إلاّ الاستحلاف كما هو مقتضى الدعوى على الأمين، وقد قيّدوا قبول قولها بما لم يثبت كذبها، وإلاّ تلزمها مع ثبوت كذبها ديه الطفل أو إحضار الولد بعينه أو من يحتمل كونه هو الولد.

وقد يقال مجرّد ظهور كذب الظئر لا يوجب ضمانها الديه؛ لأنّ مجرّد الكذب لا يوجب ثبوت الديه، والضمان على ذى اليد إنّما هو فيما وضع يده على المال، وأمّا أنّ وضع اليد على الحرّ يوجب ضمان الديه فلم يثبت بشىء يعتمد عليه إلاّ دعوى الإجماع فى المقام.

وأمّا استفاده الحكم ممّا ورد فى مسأله من دعا غيره ليلاً وأخرجه من منزله لا يعمّ المقام، بل لا يرتبط به، فإنّه لا يعمّ من أخرج من منزله نهاراً فضلاً عن مسأله ثبوت كذب الظئر فى دعواها.

وكذا لا يمكن استفاده ذلک ممّا ورد فى الفرض الثانى الوارد فى المتن من أنّها

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 266 ، الباب 29 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

(الثالثه): لو انقلبت الظئر فقتلته، لزمها الديه فى مالها، إن طلبت بالمظائره الفخر[1]. ولو كان للضروره، فديته على عاقلتها.

الشَرح:

دفعت الطفل إلى غيرها بغير إذن أهله فجهل خبرها؛ لأنّ موردها خيانه الظئر وتعدّيها الولد حيث أعطته للغير لا ثبوت مجرّد كذب الظئر فى أنّ الولد هو من جاءت به.

وعلى الجمله، لم يثبت تعدّيها فى الفرض ليكون عليها الديه كما هو موضوع ثبوتها.

نعم، إذا جاءت بعد ذلک بمن يحتمل أنّه هو الولد لا بأس بقبول قولها؛ لأنّها لم تخرج بالكذب السابق عن عنوان الأمين وإلاّ كان قبول قولها بلا وجه.

أقول: ورد فى صحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر ظئراً فأعطاها ولده وكان عندها فانطلقت الظئر واستأجرت أُخرى فغابت الظئر بالولد فلا يدرى ما صنعت به؟ قال: «الديه كامله»(1) والمستفاد منها ضمان الظئر، الولد الذى أخذته ولم يردّها حيث إنّها لو جاءت بعد ثبوت كذبها بالولد، أو من يحتمل كونه هو الولد واعتذرت عن كذبها باشتباهها فلا تكون خائنه وإلاّ تكون خائنه كما إذا لم تأتِ به حيث إنّ المستفاد من صحيحه سليمان بن خالد أنّ عدم المجىء بالولد مع استيمانها بالمظائره يوجب عليها الديه مع خيانتها حتّى مع عدم العلم بموت الولد.

لو انقلبت الظئر فقتلت الولد

[1] مقتضى القاعده عدم ضمان الظئر إذا انقلبت فى نومها مع عدم كون ذلک الانقلاب فى النوم أمراً عاديّاً لها؛ لعدم قصدها الانقلاب ولا فعلاً آخر لم يقع ووقع

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 267 ، الباب 29 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 3.

(الرابعه): روى عبداللّه بن طلحه عن أبي عبداللّه عليه السلام فى لصٍّ دخل على امرأه، فجمع الثياب ووطأها قهراً، فثار ولدها فقتله اللصّ، وحمل الثياب ليخرج، فحملت هى عليه فقتلته، فقال: يضمن مواليه ديه الغلام، وعليهم فيما ترک أربعه آلاف درهم لمكابرتها على فرجها، وليس عليها فى قتله شىء. ووجه الديه، فوات محلّ القصاص لأنّها قتلته دفعاً عن المال فلم يقع قصاصاً. وإيجابُ المال دليلٌ، على أنّ مهر المثل فى مثل هذا لا يتقدّر بخمسين ديناراً، بل بمهر أمثالها ما بلغ. وتنزل هذه الروايه على أنّ مهر أمثال القاتله هذا القدر[1].

الشَرح:

الانقلاب فلا يكون القتل الصادر خطاءً محضاً أيضاً فإنّ المعتبر فى الخطاء المحض قصد فعل وتحقّق فعل آخر.

وإن كان انقلابها فى نومها أمراً عاديّاً فلا يبعد ضمانها الديه فى مالها لأنّ نومها فى الفرض من قصد الانقلاب على الولد ولكن ورد فى صحيحه محمد بن مسلم المرويه فى المحاسن قال: قال أبو جعفر عليه السلام : «أيّما ظئر قوم قتلت صبيّاً لهم وهى نائمه فقتلته فإنّ عليها الديه من مالها خاصّه إن كانت إنّما ظائرت طلباً للعزّ والفخر وإن كانت ظائرت من الفقر فإنّ الديه على عاقلتها»(1) والروايه صحيحه يتعين الأخذ بها وإن كانت على خلاف القاعده.

فى لصّ دخل على امرأه فوطئها قهراً

[1] هذه الروايه بحسب نقل عبداللّه بن طلحه(2) لا تخلو عن الإشكال فى السند لعدم ثبوت توثيق لعبداللّه، ومحمّد بن حفص أبو جعفر كان وكيل الناحيه، وأبوه حفص بن عمرو المعروف بالعمرى وكيل أبى محمّد عليه السلام .

1- (1) المحاسن 2 : 304 - 305 ، الحديث 14.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 62 ، الباب 23 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2.

....

الشَرح:

ولكن روى الصدوق، عن يونس بن عبدالرحمن، عن عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأه ليسرق متاعها فلمّا جمع الثياب تبعتها نفسه فواقعها فتحرّک ابنها فقام فقتله بفأس كان معه فلمّا فرغ حمل الثياب وذهب ليخرج حملت عليه بالفأس فقتلته، فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد؟ فقال أبو عبداللّه عليه السلام : «يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه ديه الغلام ويضمن السارق فيما ترک أربعه آلاف درهم بما كابرها على فرجها؛ لأنّه زان وهو فى ماله يغرمه وليس عليها فى قتلها إيّاه شىء؛ لأنّه سارق»(1) وقد يورد على الروايه مع أنّه لا يبعد صحّتها سنداً؛ لأنّ الشيخ قدس سره ذكر طريق الصدوق قدس سره إلى يونس بن عبدالرحمن فى الفهرست(2) وإن لم يذكر الصدوق نفسه فى مشيخه الفقيه، والطريق المذكور صحيح إن ثبت أنّ الروايه مأخوذه من كتب يونس بن عبدالرحمن؛ لأنّ الشيخ قدس سره لم يروها عن يونس بن عبدالرحمن، بل روى باسناده عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمّد بن حفص، عن عبداللّه بن طلحه، عن أبى عبداللّه عليه السلام (3) بأنّ مدلولها على خلاف القواعد حيث إنّ قتل السارق ولد المرأه التى قهر عليها فى فرجها كان قتلاً عمدياً فكيف تكون الديه مع فوات محلّ القصاص على العاقله وفرض عدم المال له ينافيه أنّ على السارق المقتول أربعه آلاف لإكراهه على المرأه على فرجها وكيف يحسب قتل السارق جزاءً على سرقته مع أنّ السارق يقطع يده؟

وقد تصدّى الماتن لدفع هذه الإشكالات بأنّ قتل المرأه السارق كان دفاعاً عن ماله الذى أراد السارق الذهاب به والانتقال إلى الديه لفوات مورد القصاص حيث إنّ

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 164 ، الحديث 5371.
2- (2) الفهرست : 266 ، باب يونس ، الرقم 1.
3- (3) التهذيب 10 : 208 ، الحديث 28.

وروى عنه عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأةٍ أدخلت ليله البناء بها صديقاً إلى حجلتها[1]، فلمّا أراد الزوج مواقعتها ثار الصديق، فاقتتلا فقتله الزوج فقتلته هى، فقال عليه السلام : تضمن ديه الصديق وتُقتل بالزوج، وفى تضمين ديه الصديق تردّد، أقربه أنّ دمه هدر.

الشَرح:

السارق قتل دفاعاً عن المال وأنّ ما ذكروا من ضمان الزانى المكره على المرأه مهر المثل المحدود بخمسين ديناراً غير تامّ، بل الضمان بمهر المثل غير محدّد بمقدار خاصّ وفى كلّ مورد يحسب المهر بحسب مهر أمثال المرأه. ولكن لا يخفى أنّه لو تمّ ما ذكر لا يتمّ ضمان أولياء السارق لديه الغلام، إلاّ أن يقال مع صحّه الروايه سنداً وتمام دلالتها يؤخذ بمدلولها فى الديه أيضاً فيما إذا لم يكن للسارق مال. ولكن صحيحه عبداللّه بن سنان وكذا روايه عبداللّه بن طلحه فى قضيه إدخال المرأه صديقها حجلتها مشتمله على أمر لا يمكن الالتزام به كما يأتى وعلى ذلک يوهن الأخذ بتمام ما ورد فى الروايه مع إعراض الأصحاب عنها.

فى امرأه أدخلت صديقاً إلى حجلتها

[1] ما ذكر قدس سره من روايه عبداللّه بن طلحه وإن كانت ضعيفه سنداً إلاّ أنّه رواها الصدوق قدس سره بسنده عن يونس بن عبدالرحمن، عن عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوّج امرأه فلمّا كان ليله البناء عمدت المرأه إلى رجل صديق لها فأدخلته الحَجَله فلمّا ذهب الرجل يباضع أهله ثار الصديق فاقتتلا فى البيت فقتل الزوج الصديق وقامت المرأه فضربت الرجل ضربه فقتلته بالصديق؟ قال: «تضمن المرأه ديه الصديق وتقتل بالزوج»(1) ودلالتها على أنّ المرأه تقتل بالزوج قصاصاً حكم على القاعده، ولكن ظاهرها ضمان المرأه ديه الصديق وهذا لا يمكن الأخذ به فإنّ من دخل بيت الآخر وشهر سيفه فدمه هدر.

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 165 ، الحديث 5375.

(الخامسه): روى محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عن علىّ عليهماالسلام : [1] فى أربعه شربوا المسكر، فجرح اثنان، وقتل اثنان، فقضى ديه المقتولين على المجروحين، بعد أن ترفع جراحه المجروحين من الديه. وفى روايه السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : أنّه جعل ديه المقتولين على قبائل الأربعه، وأخذ ديه جراحه الباقين من ديه المقتولين. ومن المحتمل أن يكون علىّ عليه السلام ، قد اطّلع فى هذه الواقعه على ما يوجب هذا الحكم.

الشَرح:

فى أربعه شربوا المسكر فجرح اثنان و قتل اثنان

[1] روى فى الوسائل عن محمّد بن يعقوب، عن على بن إبراهيم، عن أبيه، وعن محمّد بن يحيى، عن أحمد بن محمّد جميعاً، عن ابن أبى نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أربعه شربوا مسكراً فأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا فقتل اثنان وجرح اثنان فأمر المجروحين فضرب كلّ واحد منهما ثمانين جلده وقضى بديه المقتولين على المجروحين وأمر أن تقاس جراحه المجروحين فترفع من الديه فإن مات المجروحان فليس على أحد من أولياء المقتولين شىء»(1).

أقول: قد تقدّم الكلام فى تعلّق القود على الجانى بالقتل متعمّداً ولكن وقع الخلاف فى الجانى السكران فهل تحسب جنايته تعمدياً أو أنّه غير تعمّدى بحيث تكون على الديه فى ماله، وذكرنا سابقاً أنّ الشخص إذا علم من حاله أنّه إذا سكر فى واقعه تصدر منه الجنايه قتلاً أو غيره تكون الجنايه الصادره منه عمدياً، وأمّا إذا لم يكن كذلك فصدر منه الجنايه بعد سكره اتفاقاً تكون عليه الديه وعلى ذلک يمكن أن تكون الواقعه من الثانى؛ ولذا حكم بأنّ ديه المقتولين على المجروحين بعد وضع ديه جراحتهما.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 233 ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

ودعوى أنّه لم تكن فى الروايه فرض قتل المقتولين من المجروحين وكون جراحتهما كانت من المقتولين تدفعها أنّها حكايه فى واقعه لعلّها كانت كما ذكر، اللهم إلاّ أن يقال إنّ حكايه الإمام عليه السلام قضاء على عليه السلام ظاهرها بيان حكم الواقعه وأنّ الحىّ من المقاتلين حال سكرهم يضمن ديه المقتول بعد وضع ديه جراحته، وموت المجروحين يوجب تغيير الحكم بمعنى أنّ مع سرايه جراحتهما لا يكون شىء على أولياء القاتلين بأن يكون دم السكره فى الفرض هدراً.

وتدلّ معتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام على خلاف ذلک ولكن يمكن جعلها قرينه على أنّ السكران إذا كان من القسم الأوّل يتعلّق به القود قال عليه السلام : كان قوم يشربون فيسكرون فيتباعجون بسكاكين كانت معهم، فرفعوا إلى أمير المؤمنين عليه السلام فسجنهم فمات منهم رجلان وبقى رجلان فقال أهل المقتولين: يا أمير المؤمنين أقدهما بصاحبينا، فقال للقوم: ما ترون؟ فقالوا: نرى أن تقيدهما، فقال على عليه السلام للقوم: فلعلّ ذينک اللذين ماتا قتل كلّ واحد منهما صاحبه، قالوا: لا ندرى، فقال على عليه السلام : بل اجعل ديه المقتولين على قبائل الأربعه وآخذ ديه جراحه الباقيين من ديه المقتولين(1). الحديث، فإنّه يستفاد منها أنّ الجانى القاتل مع كونه سكراناً يتعلّق به القود فلابد من أن يكون المراد القسم الأوّل من السكران بقرينه صحيحه محمّد بن قيس المتقدّمه(2) ولو فرض تعارضهما فى ذلک وسائر ما ورد فيهما يكون المرجع ما تقدّم من القاعده وهو التفصيل بحسب كون الجنايه حال السكر عادياً أو اتّفاقياً فيتعلّق فى الأوّل القود وفى الثانى الديه فى مال الجانى.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 233 - 234 ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
2- (2) فى بدايه تعليقه المسأله الخامسه.

(السادسه): روى السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام ومحمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام عن على عليه السلام [1]: فى سته غلمان، كانوا فى الفرات فغرق واحد، فشهد اثنان على الثلاثه أنّهم غرقوه، وشهد الثلاثه على الاثنين، فقضى بالديه ثلاثه أخماس على الاثنين وخمسين على الثلاثه، وهذه الروايه متروكه بين الأصحاب. فإن صحّ نقلها، كانت حكماً فى واقعه، فلا تتعدى لاحتمال ما يوجب الاختصاص.

الشَرح:

فى سته غلمان كانوا فى الفرات فغرق واحد منهم

[1] رواها الكلينى باسناده إلى السكونى والشيخ بإسناده عن محمّد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (1).

ومقتضاه سماع شهاده الثلاثه بالإضافه إلى الاثنين فى توزيع الديه على رؤوس الشهود وسماع شهاده الاثنين فى حقّ الثلاثه فيكون خمسين من الديه على الثلاثه وثلاثه أخماس على الاثنين، وهذا الحكم المستفاد منهما عند الأصحاب خلاف القاعده فإنّه من التبعيض فى قبول الشهاده المتعارضه مع عدم فرض الدعوى من أولياء الميت، ولعلّ ضمان الديه فى مثل الفرض كضمان أهل القريه ديه المقتول الذى وجد فى تلك القريه حكم للتحفّظ على الدماء، واللّه العالم.

1- (1) الكافى 7 : 284 ، الحديث 6 ، التهذيب 10 : 239 ، الحديث 3.

البحث الثانى: فى الأسباب وضابطها ما لولاه لمّا حصل التلف[1]، لكن علّه التلف غيره، كحفر البئر ونصب السكين وإلقاء الحجر، فإنّ التلف عنده بسبب العِثار، ولنفرض لصورها مسائل:

(الأُولى): لو وضع حجراً فى ملكه أو مكان مباح، لم يضمن ديه العاثر. ولو كان فى ملک غيره، أو فى طريق مسلوک، ضمنه فى ماله. وكذا لو نصب سكّيناً، فمات العاثر بها. وكذا لو حفر بئراً أو ألقى حجراً. الشَرح:

ضابط المباشره

أمّا المباشره فضابطها كون الإتلاف أى إتلاف النفس أو الطرف يعد فعله من غير قصده إليه، وإلاّ فلو كان قاصداً تلف أحدهما بفعله فاتّفق التلف يكون مورد القصاص لا الديه.

وقد ذكر الماتن للمباشره من غير قصد مثالين:

أحدهما: من قبيل القتل الخطائى المحض، كمن رمى غرضاً أى هدفاً فأصاب

وتبيّن هذه الجمله بمسائل:

(الأُولى): الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه[1] إن كان قاصراً، أو عالج طفلاً أو مجنوناً لا بإذن الولى، أو بالغاً لم يأذن.

الشَرح:

إنساناً فقتله.

وثانيهما: من قبيل شبه الخطاء كمن ضرب زوجته أو طفله للتأديب فاتّفق موتها أو موته فإنّ هذا من قبيل الخطاء بنحو شبه العمد حيث إنّ الفعل الواقع على الزوجه أو الطفل كان مقصوداً من غير قصد القتل ولا كون الضربه من آلات قاتله وإلاّ فلو قصد القتل أو كانت الضربه قاتله كما فى الضرب بالحديد أو نحوه يكون المورد من موارد القصاص.

وقد يقال إنّه لو اتفق موت الزوجه أو وقوع التلف فى أطرافها لا يضمن الزوج الضارب كما لوكان الضرب فى مورد جوازه لنشوزها لأنّ المفروض تجويز الشارع ذلک الضرب.

وفيه أنّ ترتّب القتل كاشف عن عدم كون ذلک الضرب تأديباً، بل كان قتلاً غايه الأمر لاعتقاده أنّه يوجب الأدب ورجوعها إلى طاعته لم يكن معصيه، مع أنّ جواز الفعل شرعاً لا ينافى الضمان فيما إذا ترتّب عليه التلف اتفاقاً بل مطلقاً بأن يتعلّق على الفاعل الضمان، وإن كان فعله جايزاً ولم يترتّب على الفعل ما يعدّ من التلف، كما فى احمرار الوجه فى الضرب تأديباً، ولكن لا يبعد ظهور إذن الشارع فضلاً عن أمره بمثل ذلک عدم ترتّب ديه أو أرش عليه وهذا أمر آخر غير ما ترتّب القتل بتخيل أن الضرب تأديب.

الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه

[1] ذكر قدس سره ضمان الطبيب ما يتلف بعلاجه سواء كان نفساً أو طرفاً أو منفعه العضو إذا كان الطبيب قاصراً فى العلاج أو عالج طفلاً أو مجنوناً بلا إذن الولى أو بالغاً

....

الشَرح:

لم يأذن وعطفه: أو عالج طفلاً الخ، ب (أو) العاطفه مقتضاه ضمان القاصر مطلقاً حتّى فيما إذا كان مباشرته العلاج بإذن المريض البالغ أو ولىّ الطفل والمجنون، وكذا يضمن إن كان حاذقاً فيما باشر علاج الطفل والمجنون بلا إذن وليّهما أو البالغ إذا لم يأذن فيه.

وأمّا إذا كان حاذقاً وباشر علاج الطفل أو المجنون بإذن الولى أو البالغ بإذنه فيه مع شعوره وعقله ومع عدم ذلک بالاستئذان من وليّه واتّفق ترتّب التلف من غير تقصيره.

فقيل(1) إنّه لا يضمن لأنّ الضمان يوجب أن يوقف الطبيب علاجه ولأنّ الضمان فى الفرض يسقط بالإذن كالإذن فى التصرّف فى المال الذى ربّما يترتّب عليه تلفه، ولأنّ علاجه مع الإذن عمل مجاز شرعاً فلا يوجب ضماناً.

وقيل كما عن جماعه(2) بالضمان؛ لأنّ التلف مستند إلى الطبيب ولو كان مجازاً في العلاج حيث إنّ الإذن فى العلاج من الولى أو المريض البالغ لا يكون إذناً فى الإتلاف، كما أنّ الجواز الشرعى وإذن الشارع فى العلاج لا ينافى الضمان إذا اتّفق التلف؛ ولذا قال قدس سره : وقيل يضمن لمباشرته الإتلاف وهو أشبه.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى ضمان الطبيب حتّى الحاذق مع عدم تقصيره فى العلاج إذا ترتّب عليه التلف، ويدلّ على ذلک معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليّه، وإلاّ فهو له ضامن»(3) وظاهرها كون العلاج بالمباشره كقطعه عرقاً أو خيطه جرحاً أو قطعه شيئاً من عضوه لفساده أو تزريقه ونحو ذلک ما يوجب استناد التلف إلى الطبيب، وأمّا

1- (1) القائل هو ابن ادريس فى السرائر 3 : 373.
2- (2) ذُكروا فى جواهر الكلام 43 : 46.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 260 ، الباب 24 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

مجرد توصيفه الدواء كقوله: بنظرى أنّ دواء مرضک الشراب الفلانى وشربه المريض باختياره أو بتكليف الولى فلا يستند التلف إلى الطبيب فضلاً عن كون الإتلاف بمباشره الطبيب فلا حاجه إلى أخذ براءته من الولى فى هذا الفرض وإنّما يحتاج انتفاء الضمان إلى أخذ البراءه من الولى فى فرض مباشرته العلاج.

والمراد من الولى فى فرض الطفل والمجنون وليّهما الشرعيين، وفى البالغ مع شعوره وعقله نفس المريض حيث إنّه ولىّ نفسه، ومع عدم شعوره وعقله أولياؤه أى وراثه.

وأخذ البراءه عن الضمان قبل تحقّق الضمان وإن يدخل فى إسقاط ما لم يجب إلاّ أنّه لا بأس بالالتزام به فى مورد قيام الدليل كما فى المقام، ومع جواز أخذ البراءه كذلک لا يوجب الالتزام بالضمان توقّف الطبيب عن القيام بالعلاج كما هو ظاهر.

ثمّ لا يخفى أنّ الحكم بضمان الطبيب يختصّ بما إذا كان التلف بعلاجه سواء كان أصل التلف به أو استعجال التلف.

وأمّا إذا لم يكن التلف بعلاجه أصلاً بأن كان علاجه غير مفيد أصلاً فتلف بمرضه والداء المصاب به فلا موجب لضمانه.

وأيضاً إذن الولى فى العلاج لا يكون من قبيل استيجار شخص على عملٍ يقتضى طبيعى العمل احتمال تلف العين، كما إذا استأجره على إدخال مسامير ضخيمه فى خشبات ضعيفه حيث يستلزم طبيعى هذه العمل ولو مع عدم التقصير فى العمل كسر الخشبه احتمالاً ومع عدم التقصير إذا وقع كسر الخشبه لا يضمن الأجير كسرها، والوجه فى عدم كون الطبابه من قبيله أنّ الاستيجار على العمل المفروض إذن فى الإتلاف الاتّفاقى، وهذا الإذن من المالک نافذ بخلاف إذن الولى فى الطبابه فإنّ إذنه فى الإتلاف غير نافذ، والإذن الشرعى فى العمل لا ينافى الضمان

ولو كان الطبيب عارفاً، وأذن له المريض فى العلاج، فآل إلى التلف، قيل: لا يضمن[1] لأنّ الضمان يسقط بالإذن، لأنّه فعلٌ سائغ شرعاً، وقيل: يضمن لمباشرته الإتلاف، وهو أشبه. فإن قلنا لا يضمن، فلا بحث. وإن قلنا يضمن، فهو يضمن فى ماله. وهل يبرأ بالإبراء قبل العلاج؟ قيل: نعم، لروايه السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام . قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : من تطبّب أو تبيطر، فليأخذ البراءه من وليّه، وإلاّ فهو ضامن، ولأنّ العلاج مما تمسّ الحاجه إليه. فلو لم يشرّع الإبراء، تعذّر العلاج، وقيل: لا يبرأ لأنّه إسقاط الحقّ قبل ثبوته.

الشَرح:

على ما تقدّم فينحصر انتفاء الضمان على الطبيب على طلب البراءه عن الضمان قبل عمله على ما دلّ عليه معتبره السكونى، ومدلولها وإن كان متضمّناً للبيطار أيضاً، وإذن المالک فيه نافذ بالإضافه إلى الإتلاف الذى احتماله فى بعض الموارد لازم طبيعى العمل إلاّ أنّه لا بأس بالالتزام به مع عدم أخذ البراءه مع أنّ التلف فى الحيوان ولو أحياناً ليس من طبيعى البيطره.

ولا يخفى أنّ استحقاق الطبيب الأُجره على طبابته فيما إذا أفادت المريض بل مطلقاً موقوف على إذن الولى ظاهراً، سواء انحصر الطبيب فيه أم لا، وأمّا توقف جواز مباشرته فيما إذا انحصر الحاذق فيه، على إذنه محلّ تأمّل حتّى مع حضوره.

هل يبرأ الطبيب بالإذن فى العلاج

[1] قد تقدّم أنّه غير صحيح لأنّ إذن المريض فى العلاج ليس إذناً فى إتلافه أو إتلاف عضوه.

ودعوى أنّ تلف النفس أو العضو لزومه على العلاج أمر طبيعى كما فى الإذن فى فعل يتعلّق بالمال كإذنه أو استيجاره على إدخال مسمار كبير فى لوحه ضعيفه حيث لا يضمن الأجير كسر الخشبه عن إدخال المسمار فيه من غير تفريط.

(الثانيه): النائم إذا أتلف نفساً بانقلابه أو بحركته، قيل: يضمن الديه فى ماله، وقيل: فى مال العاقله، والأوّل أشبه[1].

الشَرح:

لا يمكن المساعده عليها فإنّ إذن المالک فى التصرّف فى ماله نافذ، بخلاف إذنه فى إتلاف نفسه أو طرفه، والجواز فى مباشره العلاج فى حقّ الطبيب شرعاً لا يلازم انتفاء الضمان، فالأصح ضمان الطبيب إلاّ إذا أخذ البراءه من الولى قبل العلاج كما هو ظاهر معتبره السكونى.

وما قيل من أنّ مدلولها ينافى قاعده عدم نفوذ إسقاط ما لم يجب كماترى فإنّ القاعده المذكوره لا تزيد على سائر العمومات التى يرفع اليد عنها بورود خطاب الخاصّ، فالإسقاط أمر اعتبارى لا أمر واقعى خارجى ليمتنع إزالته قبل وجوده.

وممّا ذكر يظهر أنّه إذا استند التلف إلى علاج الطبيب ولم يأخذ البراءه قبل مباشرته العلاج يكون ضمان التلف فى ماله حيث إنّه قصد العلاج أى الفعل الذى ليس بقاتله عاده ولم يقصد به القتل فيكون داخلاً فى شبه العمد.

ضمان النائم إذا أتلف نفساً

[1] المراد من النائم فى المقام غير الظئر لما سيأتى التعرض لضمانها بانقلابها فى نومها وقتلها الرضيع والنائم غير الظئر، إذا أتلف نفساً بانقلابه أو بحركته فى نومه التزم جماعه من أصحابنا بأنّ الضمان فى مال النائم، والوجه فى ذلک أنّ تلف النفس مستند إلى فعله، وبما أنّه لم يقصد القتل ولا فعله القاتل يكون قتله من قبيل شبه العمد فتكون الديه فى ماله؛ ولذا ذكروا هذه المسأله فى مباحث موجبات الضمان، ولكن قد تقدّم أنّ المعيار فى القتل بشبه الخطاء ما إذا قصد الفعل الذى لا يقتل عاده ولم يقصد القتل به فاتّفق الموت، والمفروض فى المسأله أنّه لم يصدر الانقلاب والحركه من النائم بالقصد والاختيار أصلاً.

....

الشَرح:

ودعوى أنّ نوم هذا الشخص فى جنب شخص آخر يحسب من التسبيب فيوجب الضمان كحفر البئر فى طريق يحتمل وقوع المارّه فيها، يدفعها أنّه لا يعمّ الفرض الذى سبق نومه فى ذلک المكان على نوم المقتول بجنبه، بل لا يصحّ فى لحوق نومه أيضاً إذا كانت تلک الحركه والانقلاب أمراً غير عادى منه بحيث وقوعه منه يلحق بالقضاء والقدر.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الالتزام بأنّ الديه على عاقلته؛ لأنّه من الخطأ المحض لا يخلو عن الإشكال فإنّ المعيار فى قتل الخطأ المحض من قصد شيئاً ووقع غيره أو أصاب غيره والمفروض أنّه لم يقع منه قصد حتّى لحركته وانقلابه.

ودعوى أنّ الحصر فى تحديد الخطأ المحض إضافى بالإضافه إلى قتل شبه العمد لا أنّ الخطأ المحض منحصر فى ما ذكر أيضاً لا يمكن المساعده عليها؛ فإنّ ما ورد فى بعض الموارد من كون الديه على الجانى أو على العاقله مع عدم انطباق التحديد على كلّ منهما فهو لدليل خاصّ يقتصر على مورده ويؤخذ فى غيره بمقتضى تحديد كلّ منهما، ويؤيد ذلک ما ورد فى سقوط إنسان من شاهق على آخر بغير اختياره فقتله(1)، ووجه التأييد عدم كون سقوطه عليه أمراً قصدياً بل لم يكن أصل سقوطه باختياره وقصده.

وبهذا يدفع احتمال أن تكون ديه المقتول على بيت المال لعدم ذهاب دم المسلم هدراً؛ لأنّ ذلک ما لا يعدّ الموت من قضاء اللّه وقدره، أو كان دفع الديه من بيت المال لمصلحه خاصّه كالذى يقتل يوم الجمعه أو العيد للزحام فإنّ أداء الديه من بيت المال لئلا يكون وقوع ذلک اتّفاقاً موجباً لرغبه الناس عن حضور الجمعه والعيد.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 56 ، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس.

(الثالثه): إذا أعنف بزوجته جماعاً فى قبل أو دبر أو ضمّاً فماتت ضمن الديه[1]. وكذا الزوجه، وفى النهايه إن كانا مأمونين، لم يكن عليهما شىء، والروايه ضعيفه.

الشَرح:

ثمّ لا يخفى أنّ هذا كلّه فيما لم يكن عاده الشخص المنقلب على غيره، عدم الاستقرار حال النوم، وأمّا إذا كانت عادته كذلک، فنام عند نائم قبله ثمّ انقلب عليه حال نومه فقتله، فلا ينبغى الإشكال فى أنّه ضامن لديته فى ماله، بل لو كان من قصده أن يقتله بذلک يستحقّ القصاص.

إذا أعنف الرجل بزوجته

[1] وأمّا عدم ثبوت القصاص فلأنّه قصد الإتيان بفعل لا يقتل عاده والمفروض أنّه لم يقصد القتل.

وأمّا ثبوت الديه فى ماله فإنّه قصد الفعل واتّفق موته بذلک الفعل المقصود فيكون عليه الديه.

أضف إلى ذلک صحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن رجل أعنف على امرأته فزعم أنّها ماتت من عنفه، فقال: «الديه كامله، ولا يقتل الرّجل»(1).

ومثلها روايه زيد، عن أبى جعفر عليه السلام (2) وحيث إنّ الحكم الوارد على القاعده يجرى فيما كان العنف عن الزوجه بزوجها.

وكذا يجرى فيما كان العنف موجباً للجنايه فى الأطراف والمنافع كما ورد ذلک فى المعتبره المرويه عن كتاب ظريف(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 269 ، الباب 31 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 269 ، الباب 31 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 269 ، الباب 31 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 3.

(الرابعه): من حمل على رأسه متاعاً فكسره، أو أصاب به إنساناً ضمن جنايته فى ماله[1].

الشَرح:

وأمّا ما ورد في مرسله يونس، عن بعض أصحابه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل أعنف على امرأته أو امرأه أعنفت على زوجها فقتل أحدهما الآخر؟ قال: «لا شىء عليهما إذا كانا مأمونين فإن اتّهما ألزما اليمين باللّه أنّهما لم يريدا القتل»(1) فلا يوجب رفع اليد عما تقدّم؛ لأنّ قوله: حلفا أنّهما لم يريدا القتل، قرينه على أنّ المراد من نفى الشى، نفى القصاص.

أضف إلى ذلک ضعفها سنداً بالإرسال وعدم ثبوت توثيق لصالح بن سعيد الراوى عن يونس بن عبدالرحمن وكنيته أبو سعيد القماط.

من حمل متاعاً على رأسه فكسره

[1] قد روى المحمّدون الثلاثه بأسانيدهم، عن داود بن سرحان، عن أبى عبداللّه عليه السلام فيرجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب به إنساناً فمات أو انكسر منه، فقال: «هو ضامن»(2) والسند على روايه الكلينى والشيخ(3) فى أحد الموضعين فيه سهل بن زياد، وفى موضع آخر نقله باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن ابن أبى نصر، وكذا رواه الصدوق قدس سره بإسناده عن ابن أبى نصر(4)، والسند على النقلين صحيح وظاهرها ضمان الحامل فى ماله سواء كان المصاب إنساناً أو مالاً فتلف.

وقد روى أيضاً الصدوق قدس سره هذه الروايه باسناده إلى داود بن سرحان ولكن فيه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 270 ، الباب 31 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 4.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 244 ، الباب 10 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

3- (3) الكافى 7 : 350 ، الحديث 5 ، والتهذيب 10 : 230 ، الحديث 42.
4- (4) من لا يحضره الفقيه 3 : 258 ، الحديث 3932.

(الخامسه): من صاح ببالغ فمات، فلا ديه[1]، أمّا لو كان مريضاً أو مجنوناً أو طفلاً، أو اغتفل البالغ الكامل، وفاجأه بالصيحه، لزمه الضمان. ولو قيل بالتسويه فى الضمان، كان حسناً؛ لأنّه سبب الإتلاف ظاهراً. وقال الشيخ: الديه على العاقله، وفيه إشكال، من حيث قَصَدَ الصائح إلى الإخافه، فهو عمد الخطأ. وكذا البحث لو شهر سيفه فى وجه إنسان.

الشَرح:

أنّه قال: «هو مأمون»(1)، ومقتضى هذه عدم الضمان على الحامل لا فى تلف النفس ولا فى تلف المال، وبعد التساقط للمعارضه يرجع إلى مقتضى القاعده ومقتضاها فى الجنايه على الإنسان كون الديه على العاقله؛ لأنّ الحامل لم يقصد الإصابه ولا القتل المترتّب عليه، فيكون القتل من الخطاء المحض فتضمن العاقله.

وأمّا بالإضافه إلى تلف المال فإن لم يكن من الحامل إفراط وكان مأموناً لا متّهماً فليس عليه ضمان؛ لأنّ المال فى يده أمانه ترتّب على حمله تلفه من غير إفراط منه ويضمن مع إفراطه، كما إذا كان المال لثقله لم يمكن التحفظ عليه من الإصابه أو لم يكن يرى قدّامه فى الطريق لكبر المحمول على رأسه ونحو ذلک.

ويدلّ على عدم الضمان فيما ذكر صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الجمّال يكسر الذى يحمل أو يهريقه، قال: «إن كان مأموناً فليس عليه شىء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن»(2).

من صاح ببالغ فمات

[1] ذكر قدس سره أنّ من صاح بشخص بالغ فمات البالغ لا يتعلّق على الصائح قود ولا ديه؛ لأنّ الصائح لم يقصد بصيحته قتله وأنّ الصيحه لا تكون فعلاً قاتلاً، فمن

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 111 ، الحديث 5219.
2- (2) وسائل الشيعه 19 : 150 ، الباب 30 من أبواب الإجاره، الحديث 7.

....

الشَرح:

المحتمل أنّ موته عند صيحته أمر اتفاقى غير مستند إلى صيحته فاتّفق مقارنته معها، وهذا بخلاف من صاح بمريض أو ضعيف من طفل أو مجنون أو اغتفل البالغ العاقل فصاح به ففى مثل ذلک إذا مات يكون موته مستنداً إلى الصيحه، وحيث إنّ الصائح لم يقصد بها القتل ولا أنّها من الفعل القاتل عاده يكون عليه الديه فى ماله، ثمّ ذكر أنّه لو قيل بالتسويه أى ضمان الديه فى ماله حتّى فيما صاح ببالغ فمات كان حسناً؛ وذلک فإنّ موته عند صيحته كافٍ فى استناد موته إليها، وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أيّما رجل فزع رجلاً عن الجدار أو نفر به عن دابته فخرّ فمات فهو ضامن لديته وإن انكسر فهو ضامن لديه ما ينكسر منه»(1).

وعن الشيخ قدس سره من أنّ الديه على عاقله الصائح(2)، ولكن لا يخفى أنّه لا وجه لكون الديه على العاقله بعد صدور الفعل من الفاعل بالقصد، وبما أنّه لم يقصد الفاعل القتل ولا يكون الفعل قاتلاً عاده فيتمّ ملاک ضمان الجانى الديه فى ماله.

هذا فيما إذا أُحرز استناد الموت إلى الصيحه.

وأمّا إذا احتمل اتّفاق تقارن موته بسبب آخر معها فلا موجب للديه أيضاً.

وممّا ذكر ظهر أنّه لو شهر سيفه فى وجه إنسان ممّا يكون إخافه فمات فإنّه إذا كان بقصد قتله بإخافته يتعلّق عليه القود لتحقّق الموت به، وإن كان قصده مجرّد الإخافه مع أنّه ممّا لا يقتل عاده يكون عليه الديه إذا أُحرز استناد موته إلى فعله وإخافته، ومع عدم العلم وإحراز الاستناد فلا شىء عليه.

ولو فرّ الإنسان المفروض فألقى نفسه فى بئر فمات بالسقوط فى البئر أو ألقى نفسه من أعلى سقف فمات فلا يكون على من فزعه أو شهر سيفه ضمان؛ لأنّه هو

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 252 ، الباب 15 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
2- (2) المبسوط 7 : 158 159.

أمّا لو فرّ، فألقى نفسه فى بئر أو على سقف، قال الشيخ: لا ضمان، لأنّه ألجأه إلى الهرب[1] لا إلى الوقوع، فهو المباشر لإهلاک نفسه فيسقط حكم التسبيب. وكذا لو صادفه فى هربه سَبُع فأكله. ولو كان المطلوب أعمى، ضمن الطالب ديته، لأنّه سبب ملجئ. وكذا لو كان مبصراً، فوقع فيبئر لا يعلمها، أو انخسف به السقف أو اضطرّه إلى مضيق فافترسه الأسد، لأنّه يفترس فى المضيق غالباً.

(السادسه): إذا صدمه فمات المصدوم، فديته فى مال الصادم[2]. الشَرح:

المباشر لإهلاک نفسه غايه الأمر من شهر سيفه أو فزعه يتعلّق الحد التعزيز به.

نعم، إذا كان المطلوب أعمى أو غافلاً عن البئر فألجأه إلى الهرب يتعلّق به الديه، نظير ما إذا ألجأه بالدخول فى مضيق فافترسه الأسد فإنّ الفعل فى كلّ ذلک وإن لم يكن بقصد القتل ولا ممّا يقتل عاده إلاّ أنّ ترتّب الموت عليه بالسقوط فى البئر والدخول فى المضيق يوجب الديه.

إذا صدم إنساناً فمات

[1] والمتحصّل أنّه إذا شهر سيفه على إنسان فألجأه إلى الفرار فإن كان فى إلقائه فى البئر وعدمه مختاراً حيث كان له مندوحه فإن قتله السقوط فى البئر باختياره فلا ضمان على شاهر السلاح. نعم، يستحقّ التعزير بفعله وفى الحقيقه الهارب قاتل نفسه بإلقاء نفسه فى البئر باختياره.

نعم، إذا لم يكن له مندوحه أو كان أعمى بأن لا يرى البئر أو كان جاهلاً بالبئر فسقطه فيه فألجأه إلى الهرب الجأ للازمه العادى أيضاً؛ ولمّا لم يكن قاصداً لقتله ولم يكن الفعل قاتلاً عاده فيتعلّق الديه بماله وإلاّ يكون على شاهر السلاح القود.

وبهذا يظهر الحال فى سقوطه من السقف أو الدخول فى مضيق.

[2] هذا فيما إذا لم يقصد الصادم قتل المصدوم ولا كون صدمه ممّا يقتل عاده، وإلاّ تعلّق على الصادم القود كما تقدّم كما إذا كان صدمه على أرض تراب، وأيضاً تعلّق الديه فى الفرض الذى ذكرنا ما إذا أحرز موت المصدوم بصدمه،

ص :66

أمّا الصادم لو مات فهدر، إذا كان المصدوم فى ملكه، أو فى موضع مباح، أو فى طريق واسع. ولو كان فى طريق المسلمين ضيق، قيل: يضمن المصدوم ديته، لأنّه فرّط بوقوفه فى موضع ليس له الوقوف فيه، كما إذا جلس فى الطريق الضيّق وعثر به إنسان. هذا إذا كان لا عن قصد. ولو كان قاصداً وله مندوحه، فدمه هدر، وعليه ضمان المصدوم.

(السابعه): إذا اصطدم حرّان فماتا، فلورثه كلّ منهما نصف ديته ويسقط النصف وهو قدر نصيبه، لأنّ كلّ واحد منهما تَلِفَ بفعله وفعل غيره. ويستوى فى ذلک الفارسان والراجلان والفارس والراجل، وعلى كلّ واحد منهما نصف قيمه فرس الآخر إن تلف بالتصادم، ويقع التقاصّ فى الديه. وإن قصد القتل، فهو عمد. أمّا لو كانا صبيين والركوب منهما فنصف ديه كلّ واحد منهما على عاقله الآخر. ولو أركبهما وليّهما، فالضمان على عاقله الصبيين لأنّ له ذلک ولو أركبهما أجنبى، فضمان ديه كلّ واحد بتمامها على المركب. ولو كانا عبدين بالغين سقطت جنايتهما، لأنّ نصيب كلّ واحد منهما هدرٌ وما على صاحبه لأنّه فات بتلفه، ولا يضمن المولى.

ولو اصطدم حرّان، فمات أحدهما فعلى ما قلناه، يضمن الباقى نصف ديه التالف. وفى روايه عن أبى الحسن موسى عليه السلام [1]، يضمن الباقى ديه الميت.

الشَرح:

وإلاّ يكون الأمر كما تقدّم فى الصيحه من الصائح عدم تعلّق القود والديه به، ولو فرض أنّ الصادم قد مات يكون دمه هدراً؛ لأنّه هو الذى قتل نفسه وكون المصدوم أو وقوفه وإن كان دخيلاً فى تحقّقه إلاّ أنّ الاستناد يكون إلى الصادم.

إذا اصطدم حرّان فماتا

[1] قيّد فى الجواهر(1) الفرض بما إذا كان الفارسان قاصدين الاصطدام فإنّه فى

1- (1) جواهر الكلام 43 : 68.

....

الشَرح:

هذا الفرض إذا ماتا يكون على كلّ منهما نصف ديه الآخر؛ لأنّ كلّ منهما قد مات بفعل نفسه وفعل غيره فبالإضافه إلى نصف ديته دمه هدر، وبالإضافه إلى نصفها الآخر تكون على الآخر، ففى النتيجه يقع التقاصّ فى الديتين، فإذا كانا متساويين فى الديه فتسقط الديه عن كلّ منهما، ومع الاختلاف يكون فاضل ديه المقتول فى مال الآخر.

وأمّا إذا لم يقصدا الاصطدام واتّفق الاصطدام تكون نصف ديه كلّ منهما على عاقله الآخر كما إذا كان أحدهما قاصداً له دون الآخر يكون على كلّ منهما حكمه هذا بالإضافه إلى موت الراكبين.

وأمّا إذا تلف المركبان أيضاً يكون على كلّ من الراكبين ضمان نصف قيمه مركب الآخر، بلا فرق بين قصدهما الاصطدام وعدمه أو اختلافهما؛ لأنّ العاقله لا تضمن تلف المركب.

أقول: فى تعلّق الديه بالراكبين لا يعتبر قصدهما الاصطدام مطلقاً، وكما أنّ فى مورد القصاص لا يعتبر قصد القتل مطلقاً، بل إذا كان الفعل قاتله عاده يحسب القتل عمدياً، كذلک فى مورد تعلّق الديه على الجانى لا يعتبر قصد الفعل الذى لا يكون قاتلاً عاده، بل إذا قصد الإتيان بفعل يترتّب عليه عاده الفعل الذى لا يكون قاتلاً عاده بمنزله قصده فيحسب الجنايه شبه العمد، فسوق دابته بسرعه فى طريق ضيّق يوجب سوقه كذلک ممّا يترتّب عليه الاصطدام بمركب آخر فى ذلک الطريق فهو بمنزله قصد الاصطدام.

وقد ظهر ممّا ذكر فى الفرض من ضمان كلّ منهما نصف ديه الآخر حكم ما إذا كان فعل الآخر أيضاً موجباً للاصطدام عرفاً أو قاصداً للاصطدام، وإلاّ فلا وجه لضمان الآخر بل يكون على المتعدّى ومن يستند إليه التلف كما تقدّم فى مسأله الصادم والمصدوم.

والروايه شاذه[1]. ولو تصادم حاملان سقط نصف ديه كلّ واحده، وضَمِنت نصف ديه الأُخرى. أمّا الجنين فيثبت فى مال كلّ واحده، نصف ديه جنين كامل.

(الثامنه): إذا مرّ بين الرماه، فأصابه سهم، فالديه علي عاقله الرامى.[2] ولو ثبت أنّه قال: حذارِ لم يضمن، لما روى: أنّ صبيّاً دقّ رباعيه صاحبه يخطره، الشَرح:

وممّا ذكر يظهر الحال فى المسأله المبتلى بها فى عصرنا الحاضر من تصادم السيارات فى الطرق والشوارع وأنّ الملاک فى الضمان وعدمه فيها على غرار ماتقدّم من الاستناد إلى كلا الطرفين أو أحدهما أو كون الفعل من أحدهما تسبيباً فى التلف أو كونه مباشراً.

[1] بل ضعيفه سنداً لوقوع صالح بن عقبه(1) فيه مع احتمال حملها على ما إذا كان استناد القتل إلى الباقى لضعف الاصطدام من طرف الميت.

ولو تصادم الحاملان فأسقطتا الجنينين وماتا بحيث استند إسقاطهما وموتهما إليهما معاً تثبت على كلّ منهما نصف ديه الأُخرى؛ لأنّ موت كلّ منهما مستند إلى نفسه وغيره فيكون على منهما نصف ديه الأُخرى، وأمّا ضمانهما بالإضافه إلى الجنينين فكلّ منهما تضمن نصف ديه جنينها ونصف ديه جنين الأُخرى فيكون على كلّ منهما ديه جنين كامل هذا، وأمّا بالإضافه إلى الكفاره فيكون على كلّ منهما أربع كفّارات لقتل نفسها وقتل الأُخرى وإسقاط جنينها وإسقاط جنين الأُخرى حيث لا يلزم فى ترتّب الكفّاره المستقلّه كون الجانى مستقلاً فى الجنايه، بل تثبت الكفّاره المستقلّه على الجانى فى صوره الاشتراک فى الجنايه أيضاً.

إذا مرّ شخص بين الرماه فأصابه

[2] والوجه فى ذلک ظاهر فيما إذا لم يكن جانب الرمى فى معرض المرور

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 261 ، الباب 25 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

فرفع ذلک إلی علی علیه السلام ، فأقام بیّنه أنّه قال: حذارِ، فدرأ عنه القصاص، وقال: قد أعذر من حذّر. ولو کان مع المارّ صبی، فقرّبه من طریق السهم لا قصداً فأصابه، فالضمان علی من قرّبه لا علی الرامی، لأنّه عرّضه للتلف، وفیه تردد.

الشَرح:

بحیث لا یحتمل إصابه المارّ فیکون القتل من الخطأ المحض فیضمن عاقله الرامی.

نعم، لو أعلن الرامی بالحال وحذّر المارّ منه وأصاب المارّ اتّفاقاً مع غیر علم الرامی بمروره فالظاهر أنّه لا ضمان لا علی الرامی ولا علی عاقلته، فإنّ مع علم المارّ بالحال یکون مروره من جعل نفسه فی معرض التلف بحیث یستند التلف إلی نفسه لا إلی الرامی لیکون ضمانه علیه أو عاقلته، کما ورد ذلک فی روایه أبی الصباح عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان صبیان فی زمان علی علیه السلام یلعبون بأخطار لهم، فرمی أحدهم بخطره فدقّ رباعیه صاحبه، فرفع ذلک إلی أمیر المؤمنین علیه السلام فأقام الرامی البیّنه بأنّه قال: حذار فدرأ عنه القصاص، ثمّ قال: قد أعذر من حذّر(1). والوارد فیها وإن کان نفی القصاص وغیر البالغ لا یتعلّق به القصاص والضمان بل یکون جنایته علی عاقلته إلاّ أنّه یمکن أن یکون الرامی بالغاً والتعلیل بأنّه قد أعذر من حذّر کنایه علی عدم ترتّب شیء علی فعل المنذر إلاّ أنّ الروایه ضعیفه سنداً لتردّد محمّد بن الفضیل بین الثقه وغیره ولکن تصلح للتأیید.

ولو کان المارّ قرّب صبیّاً من طریق السهم بحیث أصابه السهم فقتله فإن کان عالماً برمی الرامی وأنّه قد یصیبه یکون شریکاً فی قتله مع الرامی ومع عدم علمه به وبکون فعله موجباً لذلک تکون الدیه فی ماله لا علی عاقلته.

وأمّا الرامی فإن کان یحتمل إصابه رمیه إلی مارّ اتفاقاً فالدیه أی نصفها فی ماله، وإن کان غافلاً عن ذلک رأساً فعلی عاقلته، وما عن الماتن من کون الضمان بتمام الدیه علی من قرّبه ثمّ تردّده فی ذلک لا وجه له فإن المورد من موارد الاشتراک فی القتل.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 69 ، الباب 26 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

(التاسعه): روى السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : أنّ عليّاً عليه السلام ، ضمن ختّاناً قطع حشفه غلام[1]، والروايه مناسبه للمذهب.

(العاشره): لو وقع من علو على غيره فقتله، فإن قصد قتله وكان الوقوع ممّا يقتل غالباً، فهو قاتل عمداً[2]. وإن كان لا يقتل غالباً فهو شبيه بالعمد يلزمه الديه فى ماله. وإن وقع مضطرّاً إلى الوقوع، أو قصد الوقوع لغير ذلک، فهو خطأ محض والديه فيه على العاقله. أمّا لو ألقاه الهواء أو زلق فلا ضمان، والواقع هدر على التقديرات.

الشَرح:

فى ضمان الختّان إذا قطع حشفه

[1] إذا ترتّب موت الصبى على قطع حشفته والفرض أنّه لم يقصد الختّان موته و لا كونه ممّا يقتل عاده يكون قتله غير عمد وحيث إنّ قطعها كان بالقصد فيكون القتل من شبه العمد؛ ولذا لو لم يكن فى البين معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام ضمّن ختّاناً قطع حشفه غلام(1)، كان الحكم كما فى المعتبره ولا فرق فى الضمان بين كونه حاذقاً أم لا؛ ولذا ذكر الماتن وغيره مع كون الروايه ضعيفه عندهم سنداً بأنّ الحكم مناسباً للمذهب.

نعم، لو تبرأ الختّان من ضمانه من ولىّ الطفل لم يكن شىء عليه لما تقدّم فى معتبره السكونى الأُخرى: «من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليّه وإلاّ فهو له ضامن»(2).

لو وقع من علوّ على غيره فقتله

[2] قد تقدّم أنّ الميزان فى القتل عمداً الموجب للقود ما إذا قصد الفاعل

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 260 ، الباب 24 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 260 ، الباب 24 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

بفعله القتل وإن لم يكن قاتلاً عاده أو كونه قاتلاً عاده وإن لم يقصد القتل، وعلى ذلک فإن قصد الواقع بوقوعه على آخر قتله أو كون فعله أى وقوعه بحيث يكون قاتلاً يتعلّق عليه القود.

وأمّا إذا وقع على الغير بالقصد ولكن لم يكن قاصداً للقتل ولم يكن وقوعه عليه قاتلاً عاده كما إذا كان من مكان غير مرتفع فمع اتّفاق قتله يكون الديه فى ماله حيث إنّه من القتل شبه العمد.

وأمّا إذا لم يقصد الوقوع عليه بل قصد الوقوع على شىء آخر فاتفق الوقوع عليه فمات من وقع عليه فالديه على عاقلته حيث إنّه قصد فعلاً آخر فاتّفق الفعل المفروض الذى ترتّب عليه القتل كما إذا رمى طائراً فأخطأ فأصاب إنساناً.

وما فى عباره الماتن قدس سره : ولو وقع مضطراً إلى الوقوع أو قصد الوقوع لغير ذلک، فيه ما لا يخفى فإنّه لو كان المراد بالاضطرار أنّه كان قاصداً الوقوع عليه ولكن كان وقوعه لاضطراره فلا وجه لكون ضمانه على العاقله، وإن كان المراد بالاضطرار النافى للقصد بأن لم يقصد وقوعه عليه بل كان قصده الفرار والوقوع على غيره فالضمان وإن يكون على العاقله إلاّ أنّه لا وجه لعطف قصد الوقوع لغير ذلک على الاضطرار إلى الوقوع ب (أو) العاطفه.

وأمّا إذا لم يقصد الوقوع أصلاً بل أطاره الهواء العاصفه فألقاه أو زلقت رجله على الصعود فى الدرج ونحوه فسقط فوقع على شخص فلا يكون عليه ضمان موته؛ لأنّه لم يقصد الفعل أصلاً لا الوقوع على الإنسان ولا الوقوع على شىء كما يشهد لذلک عده روايات.

منها صحيحه عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل وقع على

ولو دفعه دافع، فديه المدفوع لو مات على الدافع. أمّا ديه الأسفل، فالأصل أنّها على الدافع[1] أيضاً. وفى النهايه ديته على الواقع، ويرجع بها على الدافع، وهى روايه عبداللّه بن سنان عن أبى عبداللّه عليه السلام .

الشَرح:

رجل فقتله فقال: «ليس عليه شىء»(1) وصحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام قال: فى الرّجل يسقط على الرّجل فيقتله فقال: لا شىء عليه، وقال: من قتله القصاص فلا ديه له(2). ونحوها غيرها.

ولو دافع الواقع عليه فألقاه عن نفسه دفاعاً فمات الواقع فلا شىء على الأسفل، وفى موثّقه ابن بكير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يقع على رجل فيقتله فمات الأعلى، قال: «لا شىء على الأسفل»(3).

ولا يبعد أن يكون المراد بالأخيره دفع الأسفل الواقع دفاعاً عن نفسه فاتّفق موته فإنّ الدافع عن نفسه لا يكون عليه شىء.

[1] كون مقتضى القاعده ما ذكره الماتن من أنّ ديه المدفوع وديه المدفوع عليه على الدافع فى فرض عدم قصد الدافع القتل وعدم كونه قاتلاً عاده لاستناد تلفها فى هذا الفرض إلى الدافع وهذا هو المشهور بين الأصحاب.

ولكن مقتضى صحيحه عبداللّه بن سنان كون ديه المدفوع على الدافع وديه المدفوع عليه على المدفوع ولكن يرجع المدفوع بها إلى الدافع فإنّه روى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، قال: الديه على الذى وقع على الرجل فقتله لأولياء المقتول، قال: ويرجع المدفوع بالديه على الذى دفعه، قال وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً(4). ولكن ظاهر الصحيحه فرض عدم

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 56 ، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 56 - 57 ، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 57 ، الباب 20 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 238 ، الباب 5 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

(الحاديه عشره): روى أبو جميله[1]، عن سعد الإسكاف، عن الأصبغ قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى جاريه رَكِبت أُخرى فنخستها ثالثه فقمصت المركوبه، فصرعت الراكبه فماتت: أنّ ديتها نصفان على الناخسه والمنخوسه. وأبو جميله ضعيف، فلا استناد إلى نقله. وفي «المقنعه» على الناخسه والقامصه ثُلُثا الديه، ويسقط الثلث لركوبها عبثاً وهذا وجه حسن. وخرّج متأخر وجهاً ثالثاً، فأوجب الديه على الناخسه إن كانت ملجئه للقامصه. وإن لم تكن ملجئه، فالديه على القامصه وهو وجه أيضاً، غير أنّ المشهور بين الأصحاب هوالأول.

الشَرح:

موت المدفوع والتعدى إلى صوره تلفه أيضاً لعدم احتمال الفرق فى الحكم خصوصاً بملاحظه ما فى ذيلها من قوله عليه السلام وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً.

فى جاريه ركبت أُخرى فنخستها ثالثه فقمصت المركوبه

[1] روى الروايه الشيخ قدس سره بإسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى، عن أبيعبداللّه، عن محمّد بن عبداللّه بن مهران، عن عمرو بن عثمان، عن أبى جميله، عن سعد الإسكاف(1)، وأبو عبداللّه الرازى ومحمّد بن عبداللّه مهران ضعيفان، وأبو جميله وهو مفضل بن صالح أمره فى الضعف ظاهر، ومقتضى ما تقدّم فى موجب الضمان أنّ النخس من الثالثه بحيث كان قمص المركوبه بلا اختيار ومن الأمر القهرى فضمان تمام الديه على الثالثه أى الناخسه.

وأمّا لو كان أمراً اختيارياً فالضمان على المنخوسه، والروايه لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها ولم يثبت عمل المشهور بها، ورواها الصدوق أيضاً عن عمرو بن عثمان(2)، وسنده إليه غير مذكور ويكفى فى عدم الاعتماد ضعف أبى جميله، وروى المفيد فى الإرشاد أنّ علياً عليه السلام رفع إليه خبر جاريه حملت جاريه على

1- (1) التهذيب 10 : 241 ، الحديث 10.

2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 169 - 170 ، الحديث 5388.

....

الشَرح:

عاتقها عبثاً ولعباً فجاءت جاريه أُخرى فقرصت الحامله فقفزت لقرصتها فوقعت الراكبه فاندقّت عنقها وهلكت فقضى على عليه السلام على القارصه بثلث الديه، وعلى القامصه بثلثها، وأسقط الثلث الباقى بقموص الراكبه لركوب الواقعه عبثاً القامصه، فبلغ النبى صلى الله عليه و آله فأمضاه(1). فهذه أيضاً مرسله ومخالفه للقاعده إذ العبث واللعب لا يوجب سقوط الضمان عمّن أصابه وجنى عليه عمداً أو خطاءً، واللّه العالم.

1- (1) الإرشاد 1 : 196.

ص :76

البحث الثانى: فى التسبيب

اشاره

ملاک التسبيب

[1] ما ذكر قدس سره من ملاک التسبيب الموجب للضمان غير تامّ؛ لما يأتى فى المسائل الآتيه بأنّ فعل مطلق مالولاه لمّا حصل التلف لا يوجب ضمان الديه؛ ولذا لابدّ فى بيان الموضوع لضمان الديه من ملاحظه الأدلّه الوارده، ثمّ إلحاق الموارد التى لم يرد فيها دليل خاصّ بأن لم يكن بين مورد النصّ وغيره فرق بحسب المفروض فى الأوّل أو كان فى المورد الأوّل تعليل فى الحكم يجرى فى الثانى أيضاً فيلحق الثانى بالأوّل، وإلاّ فلابدّ من ملاحظه استناد الموت إلى فاعل ما يطلق عليه السبب فإن كان الموت مستنداً إليه بحيث يصدق حقيقةً أنّ فاعله قتله فهو، وإلاّ فلا موضوع للضمان؛ ولذا ذكر الماتن قدس سره فى بيان الأسباب الموجبه للضمان مسائل:

لو وضع حجراً فى ملكه أو مكان مباح

لو وضع حجراً فى ملكه أو مكان مباح يجوز له التصرف فيه بذلک لم يضمن ديه العاثر، سواء كان عثاره بذلک موجباً للجرح أو الموت، ولكن لو وضعه فيملک غيره أو فى طريق مسلوک ضمن الديه فى ماله، وكذا لو نصب سكيناً فمات العاثر بها أو حفر بئراً أو ألقى حجراً فإنّ وضع ذلک فى ملک غيره أو فى طريق مسلوک يوجب الضمان فى ماله.

ولو حفر فی ملک غیره، فرضی المالک، سقط الضمان عن الحافر. ولو حفر فی الطریق المسلوک لمصلحه المسلمین، قیل: لا یضمن، لأنّ الحفر لذلک سائغ، وهو حسن.

الشَرح:

ویدلّ علی ما ذکر صحیحه زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قلت له: رجل حفر بئراً فی غیر ملکه فمرّ علیها رجل فوقع فیها، فقال: «علیه الضمان لأنّ کلّ من حفر فی غیر ملکه کان علیه الضمان»(1) وموثقه سماعه قال: سألته عن الرجل یحفر البئر فی داره أو فی أرضه فقال: «أمّا ما حفر فی ملکه فلیس علیه ضمان، وأمّا ما حفر فی الطریق أو فی غیر ما یملک فهو ضامن لما یسقط فیه»(2) وفی صحیحه زراره عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «لو أن رجلاً حفر بئراً فی داره ثمّ دخل رجل فوقع فیها لم یکن علیه شیء ولا ضمان ولکن لیغطّها»(3) وصحیحه أبی الصباح الکنانی قال: قال أبو عبداللّه علیه السلام : «من أضرّ بشی من طریق المسلمین فهو له ضامن»(4) وصحیحه الحلبی قال: سألته عن الشییوضع علی الطریق فتمرّ الدابه فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: «کل شیء یضرّ بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»(5).

ومعتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «من أخرج میزاباً أو کنیفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو حفر شیئاً فی طریق المسلمین فأصاب شیئاً فعطب فهو له ضامن»(6).

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 241 ، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 241 ، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، الحدیث 3.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 242 ، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، الحدیث 4.
4- (4) وسائل الشیعه 29 : 241 ، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، الحدیث 2.
5- (5) وسائل الشیعه 29 : 243 ، الباب 9 من أبواب موجبات الضمان، الحدیث الأوّل.

6- (6) وسائل الشيعه 29 : 245 ، الباب 11 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

ينبغى التعرض فى المقام لأُمور:

الأوّل: أنّ الضمان على الحافر والواضع فى ملک غيره أو طريق المسلمين ما إذا لم يكن بعنوان الإحسان على المالک ورعايه صلاح المسلمين، كما إذا استولى السيل على ملک الغير أو طريق المسلمين ووضع شخص أحجاراً فى ملكه أو طريقهم لعبور أهله أو عبور المسلمين وعثر واحد بذلک فمات أو جرح فإنّه لا يكون بذلک ضمان على الواضع، وكذا ما لو حفر بئراً فى طريق المسلمين لنزول ماء الطريق فى ذلک البئر، وكلّ ذلک لتقييد الضمان فى صحيحه الحلبى المتقدّمه، وكذا فى صحيحه أبى الصباح الكنانى بفعل ما يضرّ فى طريق المسلمين.

الثانى: ما إذا كان الحفر والوضع فى ملكه والحكم بعدم ضمان الحافر والواضع ما إذا كان وقوع الواقع بالعثار به، وأمّا إذا كان ذلک لغفله الداخل عن البئر والحجر كما إذا أدخله المالک ملكه مع غفلته عن الحال لظلمه أو عمى فلا يبعد الضمان على المالک، وأمّا ما ورد فى موثقه أبيبصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن غلام دخل دار قوم يلعب فوقع فى بئرهم هل يضمنون؟ قال: «ليس يضمنون، فإن كانوا متّهمين ضمنوا»(1) فظاهرها أنّ ضمانهم بشرائط الدعوى عليهم بأنّ أهل الدار أوقعوه فى البئر فيحتاج إلى الإثبات.

الثالث: إذا وقع فى البئر لا بالعثار بل لكسر غطائه بالمرور عليه اتّفاقاً يكون دمه هدراً، سواء كان البئر فى طريق المسلمين أو فى ملک مباح أو مملوک للغير فيما لم يكن الكسر لعدم المبالاه من الحافر كما إذا كان حفره قديماً فضعف الغطاء بمرور الأيام، بخلاف ما إذا كان لترک مبالاه الحافر وكونه فى معرض المرور عليه فإنّه لا يبعد كونه موجباً للضمان. وما ورد فى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال:

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 255 ، الباب 18 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

(الثانيه): لو بنى مسجداً فى الطريق، قيل إن كان بإذن الإمام عليه السلام ، لم يضمن ما يتلف بسببه[1]، والأقرب استبعاد الفرض.

الشَرح:

قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار(1)» ظاهرها صوره موت الشخص بدخوله فى البئر لحفره أو لغيره فمات بخرابه فإنّه يكون دمه هدراً، كما فى ركوب الدّابه والدخول فى المعدن لإصلاحه أو حفره ولا ترتبط بما إذا سقط فى البئر بالعثار ونحوه مع كون حافره غيره.

لو بنى مسجداً فى الطريق

[1] ذكر قدس سره أنّه لو بنى المسجد فى طريق الناس وكان ذلک موجباً لتلف العابرين نفساً أو عضواً أو مالاً فإن كان ذلک بإذن الإمام عليه السلام لم يضمن البانى، وتعليقه عدم الضمان على ما ذكره مقتضاه أنّه يضمن إذا لم يكن بإذنه، والوجه فى ذلک ما تقدّم فى صحيحه أبى الصباح وغيره من أنّ: «من أضرّ بشى من طريق المسلمين فهو له ضامن»(2) وبما أنّ الإمام عليه السلام لا يأذن بالتصرّف فى طريق المسلمين بما يضرّهم ذكر قدس سره والأقرب استبعاد الفرض.

ولا يخفى أنّ الطريق النافذ المسمّى بالشارع العام، سواء كان صيرورته طريقاً نافذاً بالاستطراق والتردّد كثيراً فى الأرض الموات أو بوقف شخص أو أشخاص ملكهم شارعاً عامّاً وسبيلاً لسلوک عامّه الناس أو بإحياء الناس أرضاً مواتاً وتركهم منها طريقاً نافذاً بين أملاكهم التى صارت لهم بالإحياء، لا يجوز التصرّف فيها بتصرف يضرّ بالمارّه، وهذا ممّا لا يأذن فيه الإمام عليه السلام فإنّه ولىّ المسلمين لا يأذن إلاّ فيما كان صلاحهم لا فيما يضرّهم.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 271 ، الباب 32 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 241 ، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

(الثالثه): لو سلَّم ولده لمعلم السباحه فغرق بالتفريط[1]، ضمنه فى ماله، لأنّه تلف بسببه. ولو كان بالغاً رشيداً، لم يضمن لأنّ التفريط منه.

(الرابعه): لو رمى عشرهٌ بالمنجنيق، فقتل الحجر أحدهم[2]، سقط نصيبه

الشَرح:

نعم، إذا صار الطريق متروكاً بحيث صارت مجرّد أرض خربه، يجوز التصرّف فيها، سواء كان التصرّف تصرّفاً فيه صلاح عامّه الناس، كما إذا كانت طريقاً موقوفاً أو صلاحاً خاصّاً كما إذا كانت فى أصلها طريقاً بالاستطراق والتردّد كثيراً فلا بأس بذلک، كما لا بأس بالتصرّف في طرفى الطريق النافذ بالإحياء إذا كانت أحد طرفيه أو كلا طرفيه أرضاً مواتاً لم تدخل فى الاستطراق.

لو سلّم ولده لمعلم السباحه فغرق

[1] ظاهر كلامه قدس سره أنّه إذا كان الغرق مستنداً إلى التفريط فإن كان الولد صغيراً يستند الغرق إلى المعلم فيكون عليه الضمان، بخلاف ما إذا كان الولد بالغاً فإنّه يكون التفريط مستنداً إلى البالغ نفسه فلا يضمن المعلّم شيئاً.

وربّما يعلّل استناد التفريط إلى المعلّم بأنّه إذا كان الولد صبيّاً استلمه من وليّه يجب عليه المحافظه على الصبى فإن قصّر يحسب هذا تعدّياً.

ولكن الظاهر عدم الفرق فى ذلک بين الصبي والبالغ المحتاج إلى المحافظه ولو لعدم تعلّمه السباحه بوجه يطمئن به، وأمّا إذا لم يكن من ناحيه المعلّم تقصير فاتّفق الموت بحيث لا يستند إلى المعلّم فلا موجب لضمانه من غير فرق بين الصبى والبالغ، وقد تقدّم فى ضمان الطبيب أيضاً أنّه لو لم يستند موت المريض إلى علاجه بل إلى مرضه فلا ضمان للطبيب أيضاً.

لو رمى عشره بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم

[2] ذكر قدس سره أنّه لو رمى عشره أشخاص حجراً بالمنجنيق فسقط الحجر على

من الديه لمشاركته، وضمن الباقون تسعه أعشار الديه. وتتعلق الجنايه بمن يمدّ الحبال، دون من أمسک الخشب أو ساعد بغير المدّ. ولو قصدوا أجنبيّاً بالرمى، كان عمداً موجباً للقصاص. ولو لم يقصدوه، كان خطأً. وفى النهايه إذا اشترک فى هدم الحائط ثلاثه، فوقع على أحدهم، ضمن الآخران ديته؛ لأنّ كلّ واحد ضامن لصاحبه، وفى الروايه بُعد، والأشبه الأوّل.

الشَرح:

أحدهم فمات تكون الديه مقسطاً على عاقله التسعه الباقيه بعد سقوط عشر الديه سهم المقتول؛ لأنّه قتل بفعل نفسه مع فعل التسعه الباقيه، وحيث إنّهم لم يقصدوا الفعل الواقع، بل المقصود لهم رمى الحجر يكون القتل الواقع من الخطأ المحض كما إذا رمى طيراً فانحرفت الرميه فأصاب إنساناً.

ونظير ذلک ما إذا اشترک ثلاثه فى هدم حائط فوقع الحائط على أحدهم اتّفاقاً فمات فإنّه يسقط عن الديه ثلثها، وتثبت ثلثاها على عاقله الباقين لوقوع القتل بفعل وقع باشتراک الثلاثه.

ولكنّ المحكى(1) عن نهايه الشيخ أنّه لو اشترک ثلاثه فى هدم حائط فوقع على أحدهم فمات فديته على الآخرين الباقيين، وعلّله بأنّ كلّ واحد من المشتركين فى فعل ترتب قتل أحدهم عليه اتّفاقاً يكون الضمان على صاحب المقتول، وعلى ذلک فلو اشترک اثنان فى فعل ترتّب عليه قتل أحدهما اتّفاقاً يكون ضمان تمام ديته على صاحبه الحىّ.

والظاهر أنّ المستند لما ذكره فى النهايه روايه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى حائط اشترک فى هدمه ثلاثه نفر فوقع على واحد منهم فمات فضمّن الباقيين ديته؛ لأنّ كلّ واحد منهما

1- (1) حكاه العلامه فى المختلف 9 : 339 ، والنهايه : 764.

....

الشَرح:

ضامن لصاحبه»(1).

ولكنّ الروايه وإن رواها المشايخ(2) الثلاثه إلاّ أنّ السند ينتهى إلى على بن أبى حمزه، عن أبى بصير ولضعف الروايه سنداً لا يمكن الاعتماد عليها مضافاً إلى كونها مخالفه للقاعده وغير معمول بها عند المشهور.

ولا يخفى أنّ ما تعارف فى زماننا من أنّ القضاه يجعلون ديه المقتول الأجير على مستأجره فلا يرجع إلى شىء يطابق الشرع.

نعم، لو شرط فى عقد الإجاره أنّه لو مات عند العمل بالإجاره أحدهم يتحمّل المستأجر الديه عن عاقله الباقين أو عنهما فى موارد شبه العمد صحّ فإنّه من شرط أداء الدين على الآخر، وأمّا شرط الضمان فلا يصحّ فإنّه من ضمان ما لم يجب بل كونه على خلاف الشرع حيث إنّ ضمان الديه على القاتل أو عاقلته شرعاً، ولا تبطل الإجاره فى الفرض لو استؤجروا على نفس الهدم مجموعاً، ثمّ إنّ ضمان ديه المقتول كلاًّ أو بإسقاط سهم المقتول من الديه فى ما إذا استند موته إلى فعل الجميع، وأمّا إذا استند إلى فعل الباقيين فقط ضمن الباقيان تمام ديته، كما أنّه إذا استند إلى فعل نفسه من دون أن يكون فعل الباقيين دخيلاً فيه لا يكون فى البين موجب ضمان.

وممّا ذكر يظهرأنّ من يعمل فى هدم حائط فوقع عليه الحائط لا يكون فى دمه ضمان ولو شرط فى عقد استيجاره أنّه لو تلف فعلى المستأجر إعطاء ديته لا يكون الشرط نافذاً إذا مات أثناء العمل؛ لأنّ مع موته كذلك تبطل إجارته لعدم تمكّنه من العمل بعقد الإجاره فيبطل الشرط التابع للقصد أيضاً حتّى إذا كان الشرط من قبيل شرط الفعل فلا يستحق الميت إلاّ أجره المثل لعمله فتدفع إلى أوليائه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 236 ، الباب 3 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

2- (2) الكافى 7 : 284 ، الحديث 8 ، والفقيه 4 : 159 ، الحديث 5361. والتهذيب 10 : 241 ، الحديث 8.

(الخامسه): لو اصطدمت سفينتان بتفريط القيّمين وهما مالكان فلكلّ منهما[1] على صاحبه نصف قيمه ما أتلف صاحبه. وكذا لو اصطدم الحمّالان، فأتلفا أو أتلف أحدهما. ولو كانا غير مالكين، ضمن كلّ واحدٍ منهما، نصف السفينتين وما فيهما، لأنّ التلف منهما، والضمان فى أموالهما، سواء كان التالف مالاً أو نفوساً. ولو لم يفرّطا بأن غلبتهما الرياح، فلا ضمان.

ولا يضمن صاحب السفينه الواقفه، إذا وقعت عليها أُخرى[2]، ويضمن صاحب الواقعه لو فرّط.

الشَرح:

لو اصطدمت سفينتان

[1] ذكر قدس سره أنّه لو اصطدمت سفينتان بتفريط القيّمين والفرض أنّ كلاًّ منهما يملك سفينته التى اصطدمت بالأُخرى، والمراد بالتفريط أن يحصل الاصطدام بفعلهما لا ما إذا كان ناشئاً من طغيان الماء دفعه أو هبوب الرياح الشديده اتّفاقاً حيث إنّ مع هذا الأمر الاصطدام الحاصل يعتبر من قضاء اللّه وقدره فلا موجب للضمان، بخلاف ما إذا استند إلى فعلهما فإنّه إن كان القيّمان مالكين كلّ منهما سفينته فيضمن كلّ نصف ما أتلف من صاحبه؛ لأنّ التلف حصل بفعلهما فيكون الضمان بالإضافه إلى ما يستند إلى فعله وهو نصف ما للآخر، وأمّا إذا كانتا للغير فيكون استقرار ضمان ماتلف على المالكين عليها، ولكن لكلّ من المالكين أن يرجع إلى القيّم لسفينته لكونه خارجاً عن الأمين بتفريطه فإن أخذ تمام ما تلف عليه من قيّم سفينته يرجع القيم فى نصفه إلى قيم السفينه الأُخرى؛ لأنّ التلف بفعلهما، وكذا الحال فى ما إذا اصطدم الحمّالان، وهذا كلّه بالإضافه إلى تلف المال من نقص السفينه أو المال الذى كان فيها، وأمّا بالإضافه إلى تلف النفس أو العضو تكون الديه من مالهما أو مال عاقلتهما أيضاً بالمناصفه حيث إنّ الجنايه حصلت بفعلهما جميعاً.

[2] إذا وقعت سفينه حال سيرها على الواقفه فتلف من الواقعه شىء لا يضمن

(السادسه): لو أصلح سفينةً وهي سائره[1]، أو أبدل لوحاً فغرقت بفعله، مثل أن يُسمِرَ مسماراً فقلع لوحاً، أو أراد ردم موضع فانهتك، نهوضاً من فى ماله ما يتلف من مال أو نفس، لأنّه شبيه بالعمد.

(السابعه): لا يضمن صاحب الحائط ما يتلف بوقوعه، إذا كان فى ملكه أو مكان مباح. وكذا لو وقع إلى الطريق[2]، فمات إنسان بغباره ولو بناه مائلاً إلى غير ملكه ضمن، كما لو بناه فى غير ملكه ولو بناه فى ملكه مستوياً فمال إلى الطريق أو إلى غير ملكه، ضمن إن تمكّن من الإزاله. ولو وقع قبل التمكّن،

الشَرح:

صاحب الواقفه إذ لا يستند التلف إلى الواقفه، بل إذا تلف من الواقفه شىء يكون الضمان على صاحب الواقعه إذا كان منه تفريط، وإلاّ فكما إذا وقعت على الواقفه بغلبه الرياح أو طغيان الماء يحسب التلف من قضاء اللّه وقدره على ما تقدّم.

لو أصلح سفينه وهى سائره فغرقت

[1] لو أراد إصلاح سفينه حال سيرها فقلع منها اللوح وترتّب على القلع غرقها يكون المصلّح ضامناً، كما إذا سمر فيها مسماراً فأدّى إلى قلع لوحه منها أو أراد سدّ موضع الخرق منها فانهتك الموضع فأدّى إلى غرقها الموجب لتلف المال والنفس فيكون ضامناً لتلف المال حيث إنّ التلف مستند إلى فعله، ويدلّ عليه ما ورد فى ضمان الصانع إذا أراد إصلاح شىء فأفسده(1) كما يكون ضامناً لديه النفس الغارقه؛ لأنّ تلف النفس مستند إليه ويحسب شبه العمد؛ لأنّه قد فعل ما قد يترتّب عليه التلف ولكن من غير قصده وإلاّ يكون عليه مع قصد التلف القود.

لا يضمن صاحب الحائط ما يتلف بوقوعه

[2] عدم الضمان فيما إذا بنى الحائط فى ملكه أو فى مكان مباح فتلف بوقوعه

1- (1) وسائل الشيعه 19 : 141 ، الباب 29 من أبواب كتاب الإجاره.

لم يضمن ما يتلف به لعدم التعدى.

(الثامنه): نصب الميازيب إلى الطرق جائز، وعليه عمل الناس[1].

الشَرح:

مال أو إنسان لعدم حصول التعدّى منه، بل يحسب وقوعه وترتب التلف عليه من قضاء اللّه وقدره حتّى فيما إذا وقع الحائط على الطريق فمات إنسان بغباره أو بتطاير شىء منه ومثله ما إذا وقع على ملک الغير.

نعم، لو بناه مائلاً على الطريق أو ملک الغير أو بأساس ضعيف بحيث لا يثبت الحائط مع مثل الرياح العاصفه ضمن؛ لأنّ بناءه الحائط كذلک يعدّ تعدّياً وإضراراً بالطريق.

ولو فرض عدم كون الحائط فى الأصل كذلک ولكن صار بحسب مرور الزمان كذلک مائلاً إلى الطريق أو ملک الغير فإن وقع وترتّب عليه تلف شىء، فإن كان ذلک قبل التمكّن من إصلاحه وتعديله لم يضمن لعدم التعدّى منه.

وإن لم يعتنِ بإصلاحه أو رفع الحائط ولو بمقدار ميله وترتّب على ذلک التلف بوقوعه على الطريق أو ملک الغير ضمن.

وعلى الجمله، كلّما يعدّ الحائط بقاؤه على ملكه داخلاً فى التصرّف المتعارف من الملاّک فى ملكهم فلا يوجب سقوطه أو وقوعه على الطريق أو ملک الغير تعدّياً منه، بل يحسب من قضاء اللّه وقدره إذا كان ذلک بالريح العاصفه ونحوه، وأمّا إذا صار بحيث حصل فيه انشقاق أو ميل جعله معرضاً للسقوط فعدم الاعتناء من مالكه يعدّ من التعدّى والإضرار بالطريق أو بالغير.

نصب الميازيب وإخراج الرواشن إلى الطرق

[1] لا ينبغى التأمّل فى جواز نصب الميازيب إلى الطرق وعدم ترتّب الضمان فيما إذا وقع على شخص أو مال وترتّب على وقوعه تلفها فيما إذا كان وقوعه أمراً اتّفاقياً على ما تقدّم فى وقوع الحائط بالرياح العاصفه؛ وذلک فإنّ الموجب للضمان

ص :96

وهل يضمن لو وقعت فأتلفت؟ قال المفيد رحمه الله : لا يضمن، وقال الشيخ: يضمن لأنّ نصبها مشروط بالسلامه، والأوّل أشبه. وكذا إخراج الرواشن فى الطرق المسلوكه، إذا لم تضرّ بالماره. فلو قتلت خشبهٌ بسقوطها، قال الشيخ: يضمن نصف الديه، لأنّه هلک عن مباح ومحظور، والأقرب أنّه لا يضمن مع القول بالجواز. وضابطه أنّ كلّ ما للإنسان إحداثه فى الطريق، لا يضمن ما يتلف بسببه. ويضمن بما ليس له إحداثه، كوضع الحجر وحفر البئر.

الشَرح:

هو الإضرار بالطريق والتعدى على المارّ فلا يكون نصب الميزاب بنحو لا يضرّ به عرفاً من التعدّى والإضرار.

نعم، إذا صار فيمعرض الوقوع نظير ما ذكرنا فى الحائط الذى مضى عليه زمان من بنائه وصار مائلاً إلى الطريق جرى فيه ما تقدّم فى ذلک الحائط.

نعم، هذا فى نصبه فى الطرق النافذه وأمّا فى الطريق المرفوع والمملوک لملاک البيوت يكون التصرّف فيه بنصب الميزاب أو غيره من التصرّف مشروطاً بإذن الشركاء.

وأمّا دعوى الضمان مطلقاً واستفادته من قوله عليه السلام : «كلّ شىء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»(1) كما فى صحيحه الحلبى، أو قوله صلى الله عليه و آله فى معتبره السكونى: «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو حفر شيئاً فى طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»(2) فلا يعمّ المفروض فى المقام حيث إنّ ظاهرهما كون الشىء بإحداثه مضرّاً كوضع الحجر أو نصب الميزاب كما إذا كان البيت سطحه نازلاً بحيث يضرّ الميزاب المنصوب فيه على المارّه لا ما إذا كان منصوباً بحيث لا يضرّ بالمارّه، بل حدث الضرر بسقوطه اتّفاقاً على ما تقدّم.

وكذا الحال فى إخراج الرواشن والأجنحه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 243 ، الباب 9 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 245 ، الباب 11 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

فلو أجّج ناراً فی ملکه لم یضمن ولو سرت إلی غیره، إلاّ أن یزید عن قدر الحاجه، مع غلبه الظن بالتعدّی[1]، کما فی أیام الأهویه. ولو عصفت بغتةً لم یضمن. ولو أجّجها فی ملک غیره، ضمن الأنفس والأموال فی ماله، لأنّه عدوان مقصود. ولو قصد إتلاف الأنفس، مع تعذّر الفرار، کانت عمداً.

الشَرح:

وممّا ذکر ظهر أنّ ما ذکر الشیخ قدس سره من أنّ فی فرض سقوط الخشبه وترتّب التلف یکون علی صاحبها نصف الدیه؛ لأنّ التلف حصل من مباح ومحظور، فالمحظور ما کان خارجاً من الخشبه علی الطریق والمباح ما کان داخلاً منها فی ملکه(1)، کماتری فإنّ إخراج نصف الخشبه علی فضاء الطریق بحیث لم یکن ضاراً بالمارّه جائز والسقوط الاتفاقی المحسوب من قضاء اللّه وقدره لا یوجب الضمان.

لو أجّج ناراً فی ملکه لم یضمن إذا سرت إلی غیره

[1] تأجیج النار فی ملکه لقضاء حاجته بمقدار لا یکون معرضاً للإضرار بالجار وغیره ممّا علیه السیره الجاریه من المتشرعه وغیرهم، ولم یرد المنع عنه فی شیء من الخطابات الشرعیه، وعلی ذلک فلو اتّفقت السرایه کحدوث الریح العاصفه غیر المتعارفه بغته لم یضمن؛ لأنّ التلف لا یستند إلیه بل یعدّ من قضاء اللّه وقدره.

نعم، تأجیجها بمقدار غیر متعارف أو فی زمان تکون فیه معرض السرایه یستند التلف إلیه کما یستند إلیه لو أجّج ناراً فی ملک الغیر من غیر إذن مالکه وطلبه ضمن ما یتلف بها من المال والنفس، بل لو کان قاصداً بالتأجیج إتلاف النفس أو کان ممّا یترتّب علیه تلف النفس عاده لعدم تمکّن الشخص من الفرار والتخلّص یحسب القتل عمداً یتعلّق القود.

ولا یخفی أنّ مجرّد کون التأجیج معرضاً للسرایه کافٍ فی عدم الجواز والضمان ولا یعتبر غلبه الظن بالتعدّی والسرایه.

1- (1) المبسوط 7 : 188.

ولو بالت دابته فى الطريق[1]، قال الشيخ: يضمن لو زلق فيه إنسان. وكذا لو ألقى قمامه المنزل المزلقه كقشور البطيخ أو رشّ الدرب بالماء، والوجه اختصاص ذلک بمن لم يرَ الرش أو لم يشاهد القمامه.

الشَرح:

وعلى الجمله، إنّما يثبت القود فيما إذا أجّج النار فى ملک الغير بأحد أمرين إمّا بقصد إتلاف النفس مع عدم تمكن الغير من الفرار أو كانت النار فى معرض السرايه التى لا يمكن الفرار منها، وفى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام أنّه قضى فيرجل أقبل بنار فأشعلها فى دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم، قال: «يغرم قيمه الدار وما فيها ثمّ يقتل»(1) وبهذا يظهر ثبوت هذا الحكم فيمن ألقى المواد المتفجّره فى بيت الغير فأتلف المال والنفس حيث يجرى فى ذلک أيضاً ما ورد فى هذه المعتبره.

لو بالت الدابه فانزلق فيه إنسان

[1] لا يخفى أنّ بول الدابه فى الطريق أمر عادى وترتّب انزلاق شخص به أمر اتّفاقى لا يبعد أن يحسب من قضاء اللّه وقدره، بل لو وضع الشخص رجله فى موضع البول عالماً لا يستند التلف إلى مالک الدابه قطعاً، نعم إلقاء قمامه المنزل المزلقه. إضرار بالمارّه، لا يجوز، بل يترتّب عليه الضمان إذا كان فى معرض وضع الرجل عليه فيدخل فيما ورد فيصحيحه الحلبى: «كلّ شىء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لمّا يصيبه»(2) وأمّا رشّ الدرب فلو كان بنحو المتعارف بحيث لا تعدّ إضراراً للماره بل كان لملاحظه المصلحه لهم، فاتفق ترتّب ضرر على ذلک فهذا لا يدخل فى العموم المذكور فلا موجب للضمان.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 279 - 280 ، الباب 41 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 243 ، الباب 9 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

(التاسعه): لو وضع إناءً على حائطه، فتلف بسقوطه نفس أو مال، لم يضمن لأنّه تصرّف فى ملكه من غير عدوان[1].

(العاشره): يجب حفظ دابّته الصائله، كالبعير المغتلم[2] والكلب العقور. فلو أهمل، ضمن جنايتها. ولو جهل حالها أو علم ولم يفرّط فلا ضمان.

الشَرح:

لو وضع إناء على حائطه فتلف بسقوطه نفس

[1] الحكم فى وضع شىء ثقيل على حائطه المملوک بحيث يكون معرضاً للسقوطه يكون كبناء الحائط فى ملكه مائلاً أو بلا أساس حيث يكون فعله غير جائز ويضمن ما يتلف بسقوطه مالاً أو غيره، بخلاف ما إذا لم يكن فى معرض السقوط بل كان سقوطه أمراً اتّفاقياً، إذا كما سقط من الحائط باتّفاق الزلزال فإنّه يكون كسقوط نفس الحائط المبنى من غير ميلان ومع الأساس فى كون التلف بسببه يعدّ من قضاءاللّه وقدره.

لو أهمل حفظ الدابه الصائله ضمن جنايتها

[2] والوجه فى ذلک أنّ ترک صاحب البعير المغتلم أو الكلب العقور التحفّظ عليها إضرار للناس، ولو ترک الدابه بحالها وجنت يكون صاحبها ضامناً جنايتها ويجوز للغير إتلافها إذا كان ذلک دفاعاً.

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام سئل عن بختى اغتلم فخرج من الدار فقتل رجلاً فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف؟ فقال: «صاحب البختى ضامن للديه ويقتص ثمن بختيه»(1) وصحيحه على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهماالسلام قال: سألته عن بختى مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 250 ، الباب 14 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

ولو جنى على الصائله جانٍ، فإن كان للدفع لم يضمن. ولو كان لغيره ضمن[1]، وفى ضمان جنايه الهره المملوكه تردد.

الشَرح:

وقتله ما حاله؟ قال: «على صاحب البختى ديه المقتول ولصاحب البختى ثمنه على الذى عقر بختيه»(1) والحكم بضمان قاتل البختى؛ لأنّ قتله لم يكن دفاعاً بل كان للتشفّى.

ومن الظاهر أنّ البختى لا خصوصيّه له، بل يجرى ذلک فى مطلق الصائل الذى لو ترک حفظه وقع منه الإضرار والجنايه؛ ولذا ذكر الماتن قدس سره عنوان الدابه الصائله.

هذا إذا كان صاحب الدابه عالماً بحالها وترک حفظها، وأمّا إذا لم يعلم ذلک كما إذا حدث منها هذه الحاله لأوّل مرّه تحسب الجنايه والإضرار من قضاء اللّه وقدره فلا ضمان على صاحبها، ولو قتلها الشخص مع حدوثها لأوّل مرّه دفاعاً عن جنايتها مع توقّف الدفاع عليه لم يضمن، وكذا إذا عقرها وفى روايه مسمع بن عبدالملک، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان إذا صال الفحل أوّل مرّه لم يضمن صاحبه فإذا ثنّى ضمّن صاحبه»(2).

ولا يبعد أن يكون المراد ممّا ورد فى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار»(3) من العجماء الدابه المرسله فتكون جنايتها هدراً، والجبار بالضمّ والتخفيف بمعنى الهدر، وكذا ما ورد فى معتبره زيد بن على، عن أبيه، عن آبائه(4).

لو جنى على الصائله جانٍ

[1] لا فرق فى عدم ضمان الجنايه على الصائله بين كونها دفاعاً عن نفسه أو

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 251 ، الباب 14 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 4.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 251 ، الباب 14 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 271 ، الباب 32 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 272 ، الباب 32 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 5.

قال الشيخ: يضمن بالتفريط مع الضراوه، وهو بعيد، إذ لم تجرِ العاده بربطها، نعم يجوز قتلها[1].

الشَرح:

ماله أو دفاعاً عن نفس الغير، بل ماله الذى يقع فى حرج عظيم من تلفه بحيث يجب على السائرين حفظه من التلف.

[1] قد يقال لا فرق فى جنايه الهرّه المملوكه بتفريط مالكها مع الضراوه وتعودها وبين جنايه الدابه الصائله بالتفريط وذكر الماتن قدس سره أنّه وإن جاز للغير قتل الهرّه المفروضه دفاعاً كما تقدّم فى الصائله إلاّ أنّه لا يضمن مالک الهرّه جنايتها؛ وذلک لأنّه لم تجرِ العاده على ربط الهره ليكون جنايتها بالتفريط من مالكها، بل العاده جاريه على تحفّظ الناس على طعامهم عن تعدّيها وكذا سائر ما يناسب التحفّظ عليه من جنايه الهرّه.

وما فى الجواهر من عدم الفرق بين الدابه الصائله والهرّه لا يمكن المساعده عليه.

ويمكن أن يستدل على عدم ضمان صاحب الهرّه بما ورد فى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه عن على عليه السلام قال: «كان على عليه السلام لا يضمّن ما أفسدت البهائم نهاراً ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه وكان يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً»(1).

وفى معتبره زيد بن على، عن آبائه، عن على عليه السلام : «أنّه كان يضمّن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً ولا يضمنه إذا عقر بالليل وإذا دخلت دار قوم بإذنهم فعقرک كلبهم فهم ضامنون وإذا دخلت بغير إذن فلا ضمان عليهم»(2) فإنّه لا يبعد أن يكون

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 276 - 277 ، الباب 40 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 255 ، الباب 17 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 3.

(الحاديه عشر): لو هجمت دابّه على أُخرى، فجنت الداخله ضمن صاحبها[1]. ولو جنت المدخول عليها، كان هدراً. وينبغى تقييد الأوّل بتفريط المالک فى الاحتفاظ.

الشَرح:

التفصيل بين النهار والليل فى تعدّى البهائم بعدم ضمان صاحب الحيوان فى النهار وضمانه فى الليل، وفى الكلب على العكس لا لخصوصيّه فى نفس الليل والنهار، بل باعتبار جريان العاده فيما كان الزرع يجنب طريق المواشى على تحفّظ صاحب الزرع زرعه فى النهار، بخلاف الليل فإنّه وإن كان بجنب الطريق لا يكون الطريق معرضاً لدخول المواشى لعدم عبورهم ليلاً ولا عاده فى حفظ الزرع من قبل صاحب الزرع فى الليل، بخلاف الكلب فإنّ على صاحبه التحفّظ عليه فى النهار عن إحراز الناس، بخلاف الليل فإنّه يترک للحراسه فعلى الناس التحفّظ على أنفسهم من تعدّيه.

لو هجمت دابه على أُخرى

[1] قد ظهر الحال فى هذا الفرض أيضاً ممّا تقدّم فإنّ الدابّه المهاجمه إذا وقعت الجنايه عليها من المدخول عليها فلا يكون جنايه المدخول عليها مستنداً إلى مالكها بوجه فلا ضمان، بخلاف ما إذا وقعت الجنايه على المدخول عليها من الداخله فإنّه لو فرّط مالكها يضمن الإتلاف والجنايه.

نعم، لو لم يكن منه تفريط أصلاً ولكن كان دخولها على الأُخرى أمراً اتّفاقياً يحسب من قضاء اللّه وقدره؛ ولذا قال الماتن: ينبغى تقييد الأوّل بتفريط المالک فى الاحتفاظ، وما فى روايه سعد بن طريف الإسكاف، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «أتى رجل رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: إنّ ثور فلان قتل حمارى، فقال له النبى صلى الله عليه و آله أئتِ أبا بكر فسله فأتاه فسأله، فقال: ليس على البهائم قود، فرجع إلى النبى صلى الله عليه و آله فأخبره بمقاله أبى بكر، فقال له النبى صلى الله عليه و آله أئتِ عمر فسله فأتى عمر فسأله، فقال: مثل مقاله أبى بكر، فرجع إلى النبى صلى الله عليه و آله فأخبره، فقال النبى صلى الله عليه و آله أئتِ عليّاً فسله فأتاه فسأله،

(الثانيه عشر): من دخل دار قوم، فعقره كلبهم، ضمنوا إن دخل بإذنهم، وإلاّ فلا ضمان[1].

الشَرح:

فقال على عليه السلام : إن كان الثور الداخل على حمارک فى منامه حتّى قتله فصاحبه ضامن، وإن كان الحمار هوالداخل على الثور فى منامه فليس على صاحبه ضمان، قال: فرجع إلى النبى صلى الله عليه و آله فأخبره، فقال النبى: الحمد للّه الذى جعل من أهل بيتى من يحكم بحكم الأنبياء»(1) محمول على صوره التفريط فى حفظ الثور ويؤيّد ذلک مرسله عبيداللّه الحلبى عن رجل عن أبى جعفر عليه السلام (2).

من دخل دار قوم فعقره كلبهم

[1] قد رود هذا التفصيل فى ذيل معتبره زيد بن على، عن أبيه، عن آبائه، عن على عليه السلام من قوله: «وإذا دخلت دار قوم بإذنهم فعقرک كلبهم فهم ضامنون وإذا دخلت بغير إذن فلا ضمان عليهم»(3).

وهذه الروايه أيضاً على طبق ما تقدّم من التفريط من المالک الموجب لضمانه عدم تفريطه، فإنّه لو كان فى داره كلب عقور فإن استأذن الداخل فأذن له فى الدخول فعلى المالک التحفّظ من تعدّى الكلب، بخلاف ما دخل الداخل من غير استيذان فإنّه على تقدير جواز هذا الدخول لرضاهم كما هو المتعارف فى القرى وبعض البلاد فلا يكون من قبل أهل الدار تفريط فلا موجب لضمانهم، وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل دخل دار قوم بغير إذنهم فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم وإن دخل بإذنهم ضمنوا»(4).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 256 ، الباب 19 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 257 ، الباب 20 من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 255 ، الباب 17 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 3.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 254 ، الباب 17 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

(الثالثه عشر): راكب الدابه يضمن ما تجنيه بيديها، وفيما تجنيه برأسها تردّد، أقربه الضمان لتمكّنِهِ من مراعاته[1]. وكذا القائد. ولو وقف بها، ضمن ما تجنيه بيديها ورجليها. وكذا إذا ضربها فجنت، ضمن. وكذا لو ضربها غيره، ضمن الضارب. وكذا السائق يضمن ما تجنيه. ولو ركبها رديفان، تساويا فى الضمان. ولو كان صاحب الدابه معها، ضمن دون الراكب. ولو ألقت الراكب، لم يضمنه المالک، إلاّ أن يكون بتنفيره. ولو أركب مملوكه دابةً، ضمن المولى جنايهِ الراكب. ومن الأصحاب من شرط صغر المملوک، وهو حسن. ولو كان بالغاً، كانت الجنايه فى رقبته، إن كانت على نفس آدمى. ولو كانت على مال، لم يضمن المولى. وهل يسعى فيه العبد؟ الأقرب أنّه يتبع به إذا أُعتق.

الشَرح:

راكب الدابه يضمن ما تجنيه

[1] قد تقدّم أنّ ضمان الجنايه على من تستند إليه تلک الجنايه وصدرت منه ولو بالتسبيب، وعلى ذلک فلا موجب للضمان فيما إذا وقع الإتلاف من الدابه إذا لم يكن تفريط من مالكها، ولو قام دليل فى مورد عدم التفريط على ضمان ما أتلفت الدابّه فيؤخذ به فى مدلوله وفى غيره يؤخذ بمقتضى ما ذكرنا خصوصاً بملاحظه ما ورد من أنّ العجماء جبار(1)، وقد وردت فى روايات معتبره أنّ جنايه الدابه على راكبها وقائدها إذا كانت بيديها وعمل بها الأصحاب من غير خلاف يعرف.

منها صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يمرّ على طريق من طرق المسلمين فتصيب دابته إنساناً برجلها فقال: «ليس عليه ما أصابت برجلها ولكن عليه ما أصابت بيدها؛ لأنّ رجليها خلفه إن ركب فإن كان قاد بها فإنّه يملک بإذن اللّه يدها يضعها حيث يشاء»(2) ومعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 271 ، الباب 32 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 247 ، الباب 13 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 3.

....

الشَرح:

ضمّن القائد والسائق والراكب، فقال: «ما أصاب الرجل فعلى السائق وما أصاب اليد فعلى القائد والراكب»(1).

وصحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عن رجل مرّ فى طريق المسلمين فتصيب دابته برجلها؟ فقال: «ليس على صاحب الدابّه شىء ممّا أصابت برجلها، ولكن عليه ما أصابت بيدها؛ لأنّ رجلها خلفه إذا ركب وإن قاد دابه فإنّه يملک يدها بإذن اللّه يضعها حيث يشاء»(2) ولا مورد للتأمّل وفى كون مدلول هذه الروايات أنّ جنايه الدابه بيديها على راكبها وقائدها، كما لا مورد للتأمّل فى أنّ جنايتها برجلها على سائقها، وكأنّ المستفاد منها أنّ الحكم بالضمان على الراكب أو القائد والسائق لإلزامهم كمال الاحتياط فى رعايه الدابّه حال الركوب أو القود أو السوق؛ ولذا أوجب ذلک أن يحكم جماعه بضمان الراكب ضمان جنايته رأس الدابّه، وكذا قائدها لتمكّنها من مراعاه رأسها.

ولكن لا يخفى أنّ الحكم بالضمان ولو يكون ظاهره مراعاه الدابّه، إلاّ أنّ ذلک لا يوجب التعدّى إلى الحكم بالضمان فى غير جنايه اليد، فإنّ الحكم بالضمان مجرّد تعبّد وإلاّ كان الأصل مقتضاه عدم الضمان إلاّ مع تفريط الراكب، ومعه لا فرق فى الضمان بين جنايته برأسها أو بيديها أو برجليها، كما إذا ضربها بحيث كان خارج المتعارف فطفرت الدابه برجليها وقد أصابت إنساناً مارّاً فى الطريق.

وعلى ذلک يظهر أنّه لو كان راكبها رديفين فالضمان فى جنايه يديها عليهما من غير فرق بين كون أحدهما مالكاً لها أو غير مالک، وفرض التعدّى من أحدهما بحيث جنت بها،فرض خارج عن المقام.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 248 ، الباب 13 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 5.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 249 ، الباب 13 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 9.

....

الشَرح:

وما ذكر الماتن قدس سره ولو ركبها رديفان تساويا فى الضمان ولو كان صاحب الدابّه معها ضمن دون الراكب.

فإن أراد صوره كون المالک قائداً لها وغيره راكباً، فلا يبعد ذلک حيث يستفاد من التعليل الوارد فى صحيحتى الحلبى وسليمان بن خالد(1) أنّ اختيار يدى الدابه فى يد القائد.

وأمّا إذا أراد أنّ الرديفين إذا كان أحدهما مالک الدابّه والآخر مجرّد راكب فالضمان على مالكها فلا دليل عليه، بل مقتضى كون الضمان على الراكب توزيع الضمان عليهما.

وذكر الماتن أيضاً أنّ ضمان جنايه الدابه على سائقها ولم يفرّق بين جنايه يديها أو رجليها أو رأسها مع أنّ مقتضى ما تقدّم فى معتبره السكونى من أنّ ما على السائق ضمان رجليها، ولكن الالتزام بضمان السائق جنايه يديها كرجليها مستنده روايه العلاء بن الفضيل، عن أبى عبداللّه عليه السلام عن رجل يسير على طريق من طرق المسلمين على دابّته فتصيب برجلها، قال: «ليس عليه ما أصابت برجلها وعليه ما أصابت بيدها وإذا وقف فعليه ما أصابت بيدها ورجلها وإن كان يسوقها فعليه ما أصابت بيدها ورجلها أيضاً»(2) ولكنّ الروايه ضعيفه سنداً بمحمّد بن سنان ومعارضه فى هذه الجهه مع معتبره السكونى فيؤخذ بالمقدار الثابت وهو ضمان جنايه رجليها.

وممّا ذكر يظهر أنّ ما ذكره قدس سره من أنّ ضمان الرجل واليد على الراكب إذا وقف بها مستنده هذه الروايه التيذكرنا لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها.

1- (1) تقدّمتا قبل قليل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 247 ، الباب 13 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

....

الشَرح:

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور كماترى حيث يحتمل أن يكون وجه عمل بعضهم لولا جلهم ملاحظه مناسبه الحكم والموضوع التى تقدّم أنّها من قبيل الحكمه فى الحكم بالضمان.

نعم، لو وقف بها فى طريق يضرّ وقوفها بالمارّه يكون عليه ضمان ضررها لما تقدّم من قوله عليه السلام: من أضرّ بطريق المسلمين فهو ضامن بما أصابه(1).

وقد يقال إنّ ما تقدّم من ضمان الراكب جنايه يد الدابه دون رجليها ينافيها ما ورد فى موثقه إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام كان يضمّن الراكب ما وطئت الدابه بيدها أو رجلها إلاّ أن يعبث بها أحد فيكون الضمان على الذى عبث بها»(2) وهذه الموثّقه تعارض الروايات المتقدّمه فى نفى تلك الروايات ضمان الرجل فتسقطان فى هذه الجهه، وذكرنا أنّ عدم الضمان مقتضى الأصل، ويمكن حمل الموثّقه على التفرقه بين ضرب الدابه برجليها أو وطئها، فإن كان التلف بالوط ء فراكبها ضامن، وإن كان بالضرب يكون الضمان على التفصيل المتقدّم كما يستفاد ذلك من معتبره أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى صاحب الدابّه أنّه يضمن ما وطئت بيدها ورجلها وما نفحت برجلها فلا ضمان عليه إلاّ أن يضربها إنسان»(3) حيث إنّ المراد من نفحت ضربها ودفعها مقابل وطئها ولكن لم يكن فيما رواه الفقيه(4) كلمه الرجل.

1- (1) انظر وسائل الشيعه 29 : 241 ، الباب 8 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 249 ، الباب 13 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 10.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 247 ، الباب 13 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 4.
4- (4) من لا يحضره الفقيه 4 : 156 ، الحديث 5353.

البحث الثالث: فى تزاحم الموجبات: إذا اتّفق المباشر والسبب، ضمن المباشر[1]، كالدافع مع الحافر، والممسک مع الذابح، وواضع الحجر فى الكفّه مع جاذب المنجنيق. ولو جهل المباشر حال السبب، ضمن المسبب. كمن غطّى بئراً حفرها فى غير ملكه فدفع غيره ثالثاً ولم يعلم، فالضمان على الحافر. وكالفارّ من مخيفه إذا وقع فى بئر لا يعلمها.

الشَرح:

البحث الثالث: فى تزاحم الموجبات

إذا اتّفق المباشر والسبب

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا اجتمع موجبان للضمان أحدهما المباشره والآخر السبب فمع علم المباشر بالسبب يكون الضمان على المباشر، كما إذا حفر شخص بئراً ودفع الآخر ثالثاً إلى البئر فسقط الثالث فيه فمات اتّفاقاً تكون الديه على الدافع، وكذا فى القود، كما إذا أمسک شخص أحداً فقطع الآخر رأسه أو جرحه حتّى مات.

أقول: فى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قضى على عليه السلام فى رجلين أمسک أحدهما وقتل الآخر، قال: «يقتل القاتل ويحبس الآخر حتّى يموت غمّاً كما حبسه حتّى مات غماً»(1).

وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ ثلاثه نفر رفعوا إلى أمير المؤمنين عليه السلام واحد منهم أمسک رجلاً وأقبل الآخر فقتله والآخر يراهم فقضى فى صاحب الرؤيه أن تسمل عيناه، وفى الذى أمسک أن يسجن حتّى يموت كما أمسكه، وقضى فى الذى قتل أن يقتل»(2) إلى غير تلک ولأنّ القتل وغيره من التلف مستند تمام الاستناد إلى المباشر دون ما سمّوه بالسبب.

ويعدّ أيضاً من قبيل اجتماع السبب والمباشره ما إذا وضع شخص الحجر فى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 49 ، الباب 17 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 50 ، الباب 17 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3.

....

الشَرح:

كفّه المنجنيق وجذبه الآخر فإنّ استناد التلف إلى الجاذب،حيث يعتبر مباشراً بلا فرق بين موردى القصاص والديه.

وقال الماتن قدس سره هذا إذا كان من يعدّ فعله مباشره، عالماً بالحال، وأمّا إذا كان جاهلاً بوجود البئر أو وضع الحجر فى الكفّه يكون الضمان على فاعل السبب من حافر البئر وواضع الحجر فى الكفّه ولعلّ هذا هو المشهور بل ادّعى الإجماع على ذلک.

ولكن لا يخفى أنّه لو كان حفر البئر فى غير ملكه أو فى طريق المسلمين غايته أنّه دخيل فى تحقّق التلف ولا يزيد دخالته عن دخاله الدافع، وكذا الحال فى واضع الحجر فالتلف مستند إلى فعلهما وفعل المباشر فيكون الضمان على الفاعل والسبب معاً، وإنّما يكون تمام الضمان على الحافر فى مثل الفارّ من مخيفه إذا حفر البئر فى طريق المسلمين أو فى غير ملكه.

ولا يخفى أنّ الفار من مخيفه إذا ألقى نفسه فى البئر عمداً فلا يكون فى البين ضمان؛ لأنّ الفار أعان على نفسه فالتلف مستند إليه.

وعن بعض أصحابنا أنّ المخيف كما إذا شهر سيفه والفارّ عنه ألقى نفسه فى بئر يكون الضمان على المخيف.

وفيه قد تقدّم أنّ الضمان إنّما يكون على القاعده أو بقيام دليل خاصّ عليه أو فى مورد لا يحتمل الفرق بينه وبين مورد النصّ، ومع إلقاء نفسه فى البئر متعمّداً لا يكون القتل مستنداً إلى المخيف وإن يستحقّ المخيف الحدّ، كما ذكر فى بحث المحارب أو التعزير فيما إذا لم يدخل شاهر السيف فى عنوان المحارب إلاّ أنّ ضمان التلف إنّما يكون عليه مع مباشرته الجنايه ولم يقم فى المقام ونظيره دليل

ولو حفر فى ملک نفسه بئراً، وسترها ودعا غيره، فالأقرب الضمان[1] لأنّ المباشره يسقط أثرها مع الغرور.

الشَرح:

خاصّ على الضمان، غايته أنّه كالمكره بالكسر على قتل أحد فإنّ الضمان على المكره الجانى، وما نحن فيه لا يزيد عن المكره بالكسر والمكره بالفتح هو الجانى على نفسه، ولا فرق فى جنايته على نفسه بين أن يكون البئر المحفوره فى طريق المسلمين أو ملک الغير أو غير ذلک، وفى جميعها يكون الفار هو الجانى على نفسه وإنّما يكون الضمان على الحافر فيما ذكر من عدوان الحافر وجهل الفارّ بالبئر مع عدم وضع مانع عن الوقوع فيها أو الإنذار منها؛ ولذا لا أظنّ من يلتزم بعدم الضمان على من دفع الغير إلى الحفره الطبيعيّه مع غفلته عنها فمات أو انكسر عظمه.

وعلى الجمله، من حفر بئراًفي غير ملكه أو فى الطريق وإن يعمّ المقام إلاّ أنّه لا يمنع عن ضمان الغير أيضاً، بخلاف صوره علم الدافع فإن الضمان على الدافع مع علمه بالبئر.

لو حفر فى ملک نفسه بئراً

[1] إذا حفر بئراً فى ملكه وغطّاها بما يسقط بوضع القدم عليه وكان موضعها فى معرض وضع القدم عليه ودعا الغير بالدخول فى ملكه من غير إخباره بمكان البئر بحيث يعدّ إنذاراً، فوقع فى البئر بوضع قدمه فلا ينبغى التأمل فى ضمانه؛ لأنّ دعوته الغير للدخول من غير إنذار وإخبار بمكان البئر تغرير الغير ولا يكون دخول الغير ووضع قدمه من الجنايه على نفسه، مباشره وكذا فى سائر موارد تغرير الغير ممّا يترتّب عليه تلف نفسه أو ماله.

نعم، لو لم يكن البئر فى معرض سقوط الداخل فيها ولكن ترتّب عليه الكسر والسقوط بحيث يحسب من قضاء اللّه وقدره فلا ضمان.

ولو اجتمع سببان، ضمن من سبقت الجنايه بسببه[1]، كما لو ألقى حجراً فى غير ملكه، وحفر الآخر بئراً، فلو سقط العاثر بالحجر فى البئر فالضمان على الواضع. هذا مع تساويهما فى العدوان. ولو كان أحدهما عادياً كان الضمان عليه. وكذا لو نصب سكّيناً فى بئر محفوره فى غير ملكه، فتردّى إنسان على تلك السكّين، فالضمان على الحافر ترجيحاً للأوّل. وربّما خطر بالبال التساوى فى الضمان، لأنّ التلف لم يتمحّض من أحدهما لكنّ الأوّل أشبه.

الشَرح:

وفيما يترتّب عليه الضمان فإن ترتّب عليه تلف نفس الغير أو كسر بعض أعضائه فإن كان من دعاه قاصداً لذلک أو كان الترتّب على السقوط أمراً غالبيّاً عاديّاً،يكون الضمان بالقود.

وأمّا إذا لم يقصده ولم يكن ممّا يترتّب عليه عاده فالضمان بالديه فى مال الداعى فإنّ التلف يرتب على الفعل بغرور الداعى وطلبه وقد ورد فى بعض الروايات:

منها معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل دخل دار قوم بغير إذنهم فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم، وإن دخل بإذنهم ضمنوا»(1) فإنّه لا موجب للضمان مع عدم الاستيذان، وإنّ إذنهم فى الدخول مع فرض الكلب العقور فى الدار يعدّ من تغرير الداخل.

لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجنايه بسببه

[1] المنسوب إلى المشهور أو الأشهر أنّه إذا اجتمع سببان للضمان فى تحقّق الجنايه،فالسابق من السببين فى ترتّب الجنايه عليهما فاعله ضامن، كمن وضع حجراً وحفرالآخر بئراً فى موضع قريب منه، فلو سقط العاثر بالحجر فى البئر فالضمان على

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 254 ، الباب 17 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.

ولو وقع فى حفره اثنان، فهلک کلّ منهما بوقوع الآخر، فالضمان على الحافر لأنّه کالمُلقى[1].

الشَرح:

واضع الحجر؛ لأنّ العثور الموجب للسقوط حصل بفعله.

وبتعبير آخر، وضع الحجر فى المفروض واضعه کالدافع إلى البئر، وکأنّه لا فرق فيما ذکر بين أن يکون حفر البئر أوّلاً ووضع الحجر بعده أو وضع الحجر أوّلاً ثمّ حفر البئر، وفى کلا الفرضين العثور المترتّب عليه السقوط فى البئر يحصل بوضع الحجر، فالضمان على واضعه.

وهذا فيما إذا تساويا الفاعلان فى العدوان.

وأمّا إذا کان العدوان من أحدهما خاصّه فالضمان عليه، کما إذا وضع الحجر فى ملکه فعثر به آخر فوقع فى البئر من غير أن يکون فى البين غرور من واضع الحجر، فإنّ حافر البئر فى ملک الغير أو فى الطريق ضامن لمن أضرّت به على ما تقدّم فى الروايات.

وقد ذکر الماتن أنّ مع اجتماع السببين عدواناً کون الضمان مشترکاً بين کلّ من فاعلى السببين يبادر إلى الذهن ولکن الأوّل أشبه.

ولکن لا يخفى أنّ مقتضى استناد التلف إلى السببين جميعاً مقتضاه الاشتراک فى الضمان وإن کانت حصّه الدافع مع غفلته من البئر على عاقلته.

ودعوى کون البئر بالإضافه إلى الحجر الملقى عدواناً کالشرط من المباشر لا يمکن المساعده عليها؛ لأنّ إسناد إزهاق الروح فيه إلى المباشر خاصّه، دون المقام مضافاً إلى ما تقدّم من کون الضمان على المباشر مورد النص واجتماع السببين لا يدخل فيه، بل ذکرنا أنّ الدافع جهلاً بالبئر يکون مع الحافر مشترکاً فى الضمان وواضع الحجر وحافر البئر کلّ منهما دخيل فى الجنايه الحاصله من غير ترجيح إذ لولا أحدهما لم يتحقّق الجنايه وجعل أحدهما شرطاً والآخر سبباً بلا مرجح.

ولو قال: ألق متاعک فی البحر لتسلم السفینه فألقاه، فلا ضمان، ولو قال: وعلیَّ ضمانه، ضمن دفعاً لضروره الخوف. ولو لم یکن خوف، فقال: ألقه وعلیَّ ضمانه ففی الضمان تردّد، أقربه أنّه لا یضمن. وکذا لو قال: مزِّق ثوبک وعلیَّ ضمانه، أو اجرح نفسک، لأنّه ضمان ما لم یجب، ولا ضروره فیه.

ولو قال عند الخوف: ألقِ متاعک وعلیَّ ضمانه مع رکبان السفینه فامتنعوا فإن قال: أردت التساوی قُبِل ولزمه بحصّته، والرکبان إن رضوا، لزمهم الضمان وإلاّ فلا. ولو قال: أذنوا لی فانکروا بعد الإلقاء صُدِّقوا مع الیمین، وضمن هو الجمیع[1].

الشَرح:

وبهذا یظهر الحال فی حفر البئر ونصب آخر السکّین فیه، حیث یکون الضمان علیهما علی السویه؛ لأنّه لولا أحدهما لم یتحقّق تلک الجنایه الحاصله.

نعم، لو حصلت جنایه بحیث لم یکن لوضع السکّین فیها دخاله یکون الضمان علی الحافر فقط لعدم استنادها علی الواضع أصلاً.

لو وقع فی حفره اثنان فهلک کلّ منهما بوقوع الآخر

المفروض فی المقام سقوطهما فی الحفیره من غیر تعمّد والتفات إلی الحفیره، والحفیره وقع حفرها بنحو العدوان وفی مثل ذلک یکون الحافر ضامناً لدیه کلّ منهما حتّی وإن هلکا بوقوع أحدهما علی الآخر، ولو أسقطا نفسهما فیها فماتا فیدخل فی مسأله اجتماع السبب والمباشر والضمان فی هذا الفرض لا یکون علی الحافر بل إن مات الأوّل بسقوط الثانی علیه یکون علی الثانی دیته، کما أنّه لو مات الثانی بوقوعه علی الأوّل فکذلک ولو لم یکن موت أحدهما مستنداً إلی الآخر بل ماتا لعمق الحفیره فلا یکون لهما شیء؛ لأنّه أعان کلّ منهما علی نفسه.

لو قال ألقِ متاعک فی البحر فألقاه فلا ضمان

[1] وربّما یتوهّم أنّ مجرّد قوله: وعلیّ ضمانه لا یکون ضماناً فإنّه من ضمان ما لم یجب فیشبه الوعد حیث لا یجب الوفاء به.

ص :114

....

الشَرح:

وقد يردّ ذلک بالإجماع بين الأصحاب بل بعدم الخلاف بين الخاصّه والعامّه إلاّ من أبى ثور(1).

وقد يردّ بالسيره العقلائيه حيث إنّ الأمر بالآخر بإتلاف ماله لغرض عقلائى، يوجب ضمان الآمر كالأمر بالآخر بالإتيان بعمل له ماليه عند العقلاء حيث يضمن الآمر أجره ذلک العمل.

وما ذكروا فيما كان الغرض العقلائى مختصّاً بالآمر بحيث لو لا طلبه،لم يكن على المأمور إلزام بإلقاء ماله صحيح.

وأمّا إذا كان فى البين إلزام كدفع خوف الغرق، فكونه موجباً للضمان شرعاً إشكال.

ولا يندرج أيضاً ضمان إلقاء المأمور فى قاعده الغرور.

وعن العلامه(2) إمكان ادراجه فى الجعاله حيث لا تحتاج الجعاله إلى الإلزام، بل يستحقّ العامل الجعل بالعمل.

وفيه أنّ الجعل فى الجعاله فى مقابل العمل والماليه فى الفرض ليس فى إلقاء المال من قبل مالكه بل فى مقابل ماله.

ومن ذلک ظهر الحال فيما إذا قال: ألقِ متاعک فى البحر وعلىّ ضمانه، فيما إذا لم يكن فى البين خوف أو غرض عقلائى آخر من خفّه السفينه وحدوث السرعه فى سيره من خفّته، فإنّ مع عدم الغرض العقلائى فى تحقّق الضمان تأمّل، بل لا يجوز للمأمور العمل إذا كان فيه إتلاف المال بلا موجب، كما إذا قال: مزّق ثوبک وعلىّ ضمانه أو اجرح نفسک وعلىّ ديته أو أرشه.

1- (1) الخلاف 5 : 275 ، المساله 95.

2- (2) عنه المحقق الثانى فى جامع المقاصد 5 : 404 ، والجواهر 43 : 150 ، وانظر تذكره الفقهاء 2 : 103 (الطبعه الحجريه).

....

الشَرح:

ودعوى عموم السيره العقلائيه على ثبوت الضمان عهده إثباتها على مدّعيها.

ولو قال عند الخوف: ألقِ متاعک فی البحر وعلیّ مع رکبان السفینه ضمانه، فإن امتنع الآخرون عن الضمان فلا یضمن إلاّ حصّته؛ لأنّه لم ینشئ ضمان نفسه إلاّ بمقدار حصّته.

ولو قال: ألقِ متاعک فی البحر وعلیّ ضمانه مع الرکاب حیث أذنوا لی فی الضمان عنهم، فإن أنکر الآخرون لم یلزمه أیضاً إلاّ حصّته فإنّه لم ینشئ ضمانهم علی نفسه بل المنشأبمقدار حصّته أیضاً.

وإذا حلف الآخرون علی عدم إذنهم وسقط عنهم الضمان، لا یطلب من مدّعی الوکاله بقاعده الغرور؛ لأنّ مالک المتاع هو الغار علی نفسه حیث لم یسأل الرکاب عن صحّه دعوی وکالته عنهم.

نعم، لو قال قد أذنوا لی فی الضمان منهم أو أنا ضامن لأدائهم یضمن جمیع المال.

ص :116

ومن لواحق هذا الباب مسائل الزُّبْيَه:

فلو وقع واحد فى زُبيه الأسد، فتعلّق بثان، وتعلق الثانى بثالث والثالث برابع، فافترسهم الأسد، فيه روايتان.

إحداهما: روايه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام ، قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام : فى الأوّل فريسه الأسد وغُرم أهله ثلث الديه للثانى، وغرم الثانى لأهل الثالث ثلثى الديه، وغرم الثالث لأهل الرابع الديه كامله.

والثانيه: روايه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام ، أنّ عليّاً عليه السلام قضى: أنّ للأوّل ربع الديه، وللثانى ثلث الديه، وللثالث نصف الديه، وللرابع الديه كامله، وجعل ذلک على عاقله الذين ازدحموا.

والأخيره ضعيفه الطريق إلى مسمع فهى إذن ساقطه. والأُولى مشهوره لكنّها حكمٌ فى واقعه.

ويمكن أن يقال: على الأوّل الديه للثانى لاستقلاله بإتلافه، وعلى الثانى ديه الثالث، وعلى الثالث ديه الرابع لهذا المعنى. وإن قلنا: بالتشريک بين مباشر الإمساک والمشارک فى الجذب، كان على الأوّل ديه ونصف وثلث، وعلى الثانى نصف وثلث، وعلى الثالث ثلث ديه لا غير[1].

الشَرح:

مسائل الزُّبْيَه

[1] لو دفع أحد فى زبيه الأسد وتعلّق الواقع بثان وتعلّق الثانى بثالث والثالث برابع فماتوا جميعاً، بافتراسهم الأسد أو بوقوعهم فيها ففى الفرض روايتان:

إحداهما روايه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أربعه اطّلعوا فى زبيه الأسد فخرّ أحدهم فاستمسک بالثانى واستمسک الثانى بالثالث واستمسک الثالث بالرابع حتّى أسقط بعضهم بعضاً على

ص :117

....

الشَرح:

الأسد فقتلهم الأسد فقضى بالأوّل فريسه الأسد وغرّم أهله ثلث الدّيه لأهل الثانى، وغرّم الثانى لأهل الثالث ثلثى الديه، وغرّم الثالث لأهل الرابع الديه كامله(1)» وظاهرها أن دم الأوّل هدر لا شىء لأهله وإنّما غرّم أهله لأهل الثانى ثلث الديه وغرّم أهل الثانى لأهل الثالث ثلثى الديه وغرّم الثالث لأهل الرابع كامل الديه.

ومدلول الصحيحه لا ينطبق على القواعد لا على قاعده تقديم المباشره على السبب ولا على قاعده اشتراک المسبب والمباشر.

وقد أورد الشهيد الثانى قدس سره على الروايه سنداً بأنّ محمّد بن قيس مشترک(2) ومدلولها لا ينطبق على القواعد، ولكن لا يخفى أنّ محمّد بن قيس هو البجلى ثقه بقرينه أنّ الراوى عنه عاصم بن حميد، والمروى عنه أبو جعفر عليه السلام ويروى قضايا على عليه السلام .

نعم، أنّها مخالفه للقواعد فتقصر فى العمل بها على موردها وهو موت الواقعين فى زبيه الأسد بتعلّق أحدهم بالآخر وموت الجميع بجرح الأسد وفى غيره يؤخذ بمقتضى القواعد.

وقد ذكر الماتن قدس سره أنّ مقتضى القاعده بناءً على كون الضمان على مباشر الإمساک والتعلّق أنّ تمام ديه الثانى على الأوّل، وتمام ديه الثالث على الثانى وتمام ديه الرابع على الثالث، وعلى تقدير التشريک فى الضمان بين مباشر الإمساک والمشارک فى الجذب، يكون على الأوّل ديه ونصف وثلث الديه الكامله لأهل الثانى والنصف لأهل الثالث والثلث لأهل الرابع حيث إنّ دم الأوّل هدر وعليه لأهل الثانى بإمساكه وجذبه إياه إلى الزبيه تمام الديه كما أنّ عليه ضماناً لجذبه الثالث والرابع ولو

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 237 ، الباب 4 من أبواب موجبات الضمان، الحديث 2.
2- (2) الروضه البهيه (شرح اللمعه) 10 : 168.

....

الشَرح:

بغير المباشره ففى الضمان للثالث بالاشتراک مع الثانى فيكون عليه نصف الديه ففى الرابع لاشتراكه مع الثانى والثالث فى الجذب يكون عليه ثلث ديه لأهل الرابع، وعلى هذا الحساب يكون على الثانى نصف الديه لأهل الثالث والثلث لأهل الرابع؛ لأنّ نصف الديه لجذبه الثالث مع الاشتراک مع الأوّل وثلث الديه لأهل الرابع لجذبه إيّاه مع الأوّل والثالث.

والروايه الثانيه ما رواه الكلينى قدس سره عده من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن محمّد بن الحسن بن شمون، عن عبداللّه بن عبدالرحمن الأصمّ، عن مسمع بن عبد الملک، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ قوماً احتفروا زبيه للأسد باليمن فوقع فيها الأسد فازدحم الناس عليها ينظرون إلى الأسد فوقع فيها رجل فتعلّق بآخر، فتعلّق الآخر بآخر والآخر بآخر فجرحهم الأسد فمنهم من مات من جراحه الأسد ومنهم من أُخرج فمات فتشاجروا فى ذلک حتّى أخذوا السيوف، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : هلمّوا أقضى بينكم فقضى أنّ للأوّل ربع الديه وللثانى ثلث الديه وللثالث نصف الديه وللرابع الديه كامله وجعل ذلک على قبائل الذين ازدحموا فرضى بعض القوم وسخط بعض فرفع ذلک إلى النبى صلى الله عليه و آله وأخبر بقضاء أميرالمؤمنين عليه السلام فأجازه»(1).

وقد ذكر صاحب الجواهر قدس سره (2) فى توجيه الروايه بحمل حفر الزبيه بقصد العدوان، وحيث إنّ موت الأوّل مستند إلى حفرها وإلى وقوع الثانى والثالث والرابع ووقوعهم عليه نتيجه تعلّقه بالثانى فيكون دمه هدراً بالإضافه إلى الوقوع عليه ويبقى له ربع الديه على الحافر، وأمّا الثلث لأهل الثانى؛ لأنّ موته مستند إلى جذب الأوّل ووقوع الثالث والرابع عليه وحيث إنّ وقوعهما نتيجه جذبه يكون له ثلث الديه

1- (1) الكافى 7 : 286 ، الحديث 2.
2- (2) جواهر الكلام 43 : 158.

ولو جذب إنسانٌ غيره إلى بئر، فوقع المجذوب، فمات الجاذب بوقوعه عليه، فالجاذب هدر[1]. ولو مات المجذوب، ضمنه الجاذب لاستقلاله بإتلافه. ولو ماتا: فالأوّل هدرٌ، وعليه ديه الثانى فى ماله.

الشَرح:

بجذب الأوّل وثلثا ديته لاستناده إلى جذبه يكون هدراً ويكون للثالث نصف الديه؛ لأنّ موته مستند إلى جذب الثانى ووقوع الرابع عليه فبالإضافه إلى وقوع الرابع دمه هدر، وبالإضافه إلى جذب الثانى يكون له نصف الديه، وأمّا الرابع فموته مستند إلى الجذب فقط فيكون له الديه كامله.

ولكن لا يخفى ما فى التوجيه فإنّ ظاهر الروايه فرض حفر الزبيه للأسد فلا عدوان فيه، وإنّ موتهم ولا أقل بعضهم بجرح الأسد لا وقوع الآخرين عليه، ولأنّ موت الثالث مستند إلى جذب الأوّل والثانى ووقوع الرابع عليه فيكون إحدى الجنايات الثلاث هدراً فمن فعله فلابدّ من أن يكون بالحساب المذكور لأهله ثلثا الديه لا نصفها.

أضف إلى ذلک أنّ ظاهر الروايه كون ما ورد فيها من الديه لكلّ من أهل المقتولين على الذين ازدحموا لا أنّ الربع لأهل المقتول الأوّل على حافرى الزبيه، والصحيح أنّ الروايه ضعيفه سنداً؛ لأنّ فيه سهل بن زياد ومحمّد بن الحسن بن شمون وعبداللّه بن عبدالرّحمن الأصمّ وليس فيهم توثيق بل ورد فى كلّ واحد منهم التضعيف، مع كونها معرض عنها عند المشهور.

لو جذب إنسان غيره إلى بئر

[1] هذا فيما إذا مات الجاذب بوقوع المجذوب عليه من غيرتعمّد.

وأمّا إذا تعمّد بالوقوع عليه ومات الجاذب بذلک من غير قصد قتله يكون على المجذوب نصف الديه فى ماله؛ لأنّ موته مستند إلى جذبه الثانى وإلى وقوع المجذوب عليه عمداً.

ولو جذب الثانى ثالثاً، فماتوا بوقوع كلّ واحد منهم على صاحبه، فالأوّل مات بفعله وفعل الثانى فيسقط نصف ديته[1] ويضمن الثانى النصف، والثانى مات بجذبه الثالث عليه وجذب الأوّل فيضمن الأوّل نصف ديته ولا ضمان على الثالث، وللثالث الديه. فإن رجّحنا المباشره، فديته على الثانى. وإن شرّكنا بين القابض والجاذب، فالديه على الأوّل والثانى نصفين.

ولو جذب الثالث رابعاً، فمات بعض على بعض، فللأوّل ثلثا الديه لأنّه مات بجذبه الثانى عليه، وبجذب الثانى الثالث عليه، وبجذب الثالث الرابع، فيسقط ما قابل فعله ويبقى الثلثان على الثانى والثالث، ولا ضمان على الرابع. وللثانى ثلثا الديه أيضاً، لأنّه مات بجذب الأوّل، وبجذبه الثالث وهو فعل نفسه، وبجذب الثالث الرابع عليه، فيسقط ما قابل فعله ويجب الثلثان على الأوّل والثالث. وللثالث ثلث الديه أيضاً، لأنّه مات بجذبه الرابع، وبجذب الثانى والأوّل له، أمّا الرابع فليس عليه شىء، وله الديه كامله. فإن رجّحنا المباشره فديته عليه. وإن شرّكنا، كانت ديته أثلاثاً بين الأوّل والثانى والثالث.

الشَرح:

كما أنّه إذا مات المجذوب بوقوعه فى البئر يكون ديته على الجاذب لكون التلف مستند إلى الجاذب، بل قد يكون على الجاذب القصاص إذا كان بقصده أو كان الوقوع فيه قاتل عاده.

وممّا ذكر يظهر أنّه إن مات كلّ منهما فالجاذب ديته هدر وعليه ديه المجذوب فى ماله حتّى فيما كان جذبه الثانى بقصد قتله بناءً على أنّ مع تعذّر القصاص ينتقل الحقّ إلى الديه فى مال القاتل.

[1] لا يخفى أنّ الأوّل وإن مات بفعل نفسه وفعل الثانى حيث جذب الثانى الثالث إلاّ أنّ الأوّل مشترک مع الثانى فى جذبه الثالث حيث إنّه لو لا جذبه الثانى إلى البئر لم يكن جذب الثانى الثالث.

....

الشَرح:

وبتعبير آخر، الأوّل فى جذبه الثانى مستقلّ وفى جذب الثالث مشترک مع الثانى فنصف ديته هدر بجذبه الثانى والنصف الآخر من الديه نصفه أيضاً هدر فيكون على الأوّل ثلاثه أرباع ديه للثانى، وعلى الثانى ربع الديه للأوّل فيقع التهاتر فى الربع فيكون على الأوّل للثانى نصف الديه وديه الثالث كاملاً على الأوّل والثانى بنصفين لاشتراكهما فى جذبه إلى البئر.

ولو جذب الثالث أيضاً الرابع إلى البئر تكون ديه الرابع على الأوّل والثانى والثالث أثلاثاً لاشتراكهم فى جذبه.

ولو جذب الرابع الخامس تكون ديه الخامس على الأربع أرباعاً وهكذا.

وعلى الجمله، لا وجه لترجيح الجذب مباشره على الجذب بالواسطه لاستناد موت المجذوب إلى كلا الجذبين، ففى مسأله السقوط فى زبيه الأسد ونحوها ممّا يكون السقوط موجباً للموت، فمع قطع النظر عن صحيحه محمّد بن قيس كان موت الثانى بافتراس الأسد مستنداً إلى تعلّق الأوّل بالثانى فتكون ديته تماماً على الأوّل، كما أنّ موت الثالث بجرحه مستنداً إلى تعلّق الأوّل بالثانى وتعلّق الثانى بالثالث فيكون على كلّ منهما نصف الديه للثالث، ومع تعلّق الثالث بالرابع تكون تمام الديه على الأوّل والثانى والثالث أثلاثاً لاستناد موت الرابع إلى الثلاثه وهذا مع التعلّق مع الالتفات، وإلاّ يكون الموت من القتل خطاءً فتكون الديه على العاقله، وعلى كلا التقديرين فدم الأوّل هدر لعدم استناد سقوطه إلى غيره.

وعلى ذلک فما ذكره الماتن قدس سره من أنّ على الأوّل تمام الديه للثانى ونصف الديه للثالث وثلث الديه للرابع، وعلى الثانى نصف الديه للثالث وثلث الديه للرابع وعلى الثالث أيضاً ثلث الديه للرابع بناءً على التشريک صحيح.

....

الشَرح:

ونظير ذلک إسقاط بعضهم بعضاً من شاهق بالتعلّق بحيث يكون السقوط موجباً للموت بحيث لا دخل فى موت الأوّل لفعل الثانى.

وأمّا إذا كان لفعل الثانى دخاله فى موت الأوّل يكون الحكم كما ذكرنا من أنّ للأوّل ربع الديه على الثانى، وعلى الأوّل ثلاثه أرباع الديه للثانى فيقع التهاتر فى ربع الديه فيكون على الأوّل للثانى نصف الديه.

ص :123

سفید

ص :124

النظر الثالث

ص :125

سفید

ص :126

النَّظرُ الثالث

اشاره

فى الجنايه على الأطراف والمقاصد ثلاثه:

(الأوّل): فى ديه الأعضاء وكلّ ما لا تقدير فيه، ففيه الأرش[1].

الشَرح:

النَّظرُ الثالث

المقصد الأوّل: فى ديه الأعضاء

ما لا تقدير فيه ففيه الأرش

[1] المراد بالأعضاء أعيانها فإن ثبت فى الجنايه على عضو الديه فهو، وإلاّ يتعيّن فيه الأرش ويسمّى بالحكومه أيضاً، وقالوا إنّ الحرّ أصل فى ديه الجنايه على العبد والعبد أصل فى الجنايه على الحرّ، فيما لم يكن فى تلك الجنايه تقدير الديه.

فإن ثبت فى الجنايه على عضو الحرّ تمام الديه أو نصفها أو ثلثها وهكذا تكون تلك الجنايه فى العبد موجبه لتمام قيمته أو نصفها أو ثلثها وهكذا.

كما يدلّ على تبعيه المملوک الحرّ، فى تعيين الديه مثل معتبره السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار فى الثمن»(1).

وأمّا تعيين أرش الجنايه على الحرّ يتبع أرش الجنايه على المملوک، كما إذا كانت الجنايه التى لا تقدير فيها موجبه لنزول قيمه العبد إلى نصفها أو نزولها إلى ثلثها وهكذا، يكون أرش تلك الجنايه على الحرّ نصف الديه أو ثلثها وهكذا.

فهذا وإن كان مشهوراً بين الأصحاب إلاّ أنّ إثباته بوجه يعتمد عليه مشكل.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 388 ، الباب 8 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 2.

....

الشَرح:

وأشكل من ذلک ما لو لم تكن الجنايه علي المملوک بحيث لا توجب نزول قيمته وإن يذكر فى بعض الكلمات أنّ الأمر فى هذه الصوره بيد الحاكم فيأخذ من الجانى مايرى فيه مصلحه.

بل يقال إنّ هذا يجرى حتّى فى الموارد التى تكون الجنايه على المملوک موجبه لنقصان قيمتها فيأخذ الحاكم من الجانى على الحرّ، ما يرى فيه مصلحه.

واستظهر ذلک من صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه اليد إذا قطعت خمسون من الإبل، وما كان جروحاً دون الاصطلام فيحكم به ذوا عدل منكم ومن لم يحكم بما أنزل اللّه فأولئک هم الكافرون»(1).

ووجه الاستظهار أنّ ظاهر قوله عليه السلام : وما كان من الجروح من غير اصطلام وقطع يكون الثابت ما حكم به ذوا عدل، وحيث إنّ الحكم لا يصلح إلاّ من الحاكم يكون المراد أنّ الحاكم فى حكمه يستعين بنظر ذوى عدل وتعيينهما فيكون هو المأخوذ من الجانى.

وفى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: عندنا الجامعه، قلت: وما الجامعه؟ قال: صحيفه فيها كلّ حلال وحرام وكلّ شىء يحتاج إليه الناس حتّى الأرش فى الخدش وضرب بيده إلىّ فقال: أتاذن يا أبا محمد؟ قلت: جعلت فداک إنّما أنا لک فاصنع ما شئت، فغمز نى بيده وقال: حتّى أرش هذا(2). ويستفاد أيضاً من هذه الصحيفه العفو عن الأرش وجواز الإذن فيما يوجبه إذا كان لغرض صحيح، كما يستفاد من ذلک تعيّن الأرش فى مواردها واقعاً لا أنّ التعيين يدور مدار نظر الحاكم وتعيين ذوى عدل.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 288 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 14.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 356 ، الباب 48 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

إلاّ أن يحمل ما فى صحيحه عبداللّه بن سنان على صوره عدم وصول التعيين كما لا يبعد أن يكون ذلک مقتضى الجمع العرفى بينهما ويحسب حكم الحاكم كما ذكر صلحاً قهرياً ملزماً للطرفين.

وعلى الجمله، لا مناصّ من الالتزام فى غير موارد ثبوت الديه بالأرش المفسّر بالحكومه، لئلا يذهب حقّ امرئ مسلم هدراً، كما ورد ذلک فى موثّقه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح فقال: «إنّ عمد الأعمى مثل الخطاء هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام ولا يبطل حقّ امرئ مسلم»(1) بدعوى أنّ مورد هذه الموثقه وإن كانت الديه إلاّ أنّ التعليل لثبوتها يجرى فى موارد ثبوت الأرش أيضاً.

أقول: ظاهر صحيحه عبداللّه بن سنان أنّ الثابت فى الجراحه التى دون الاصطلام وقطع العضو ما يحكم به ذواعدل ولو بإشراف الحاكم على ما مرّ، ولكن لا دلاله لها على أنّ المعيار فى حكمهما أى شىء من ملاحظه الصلاح والمصلحه مع أنّ جهاتها مختلفه بالإضافه إلى حال الجانى والمجنى عليه، فلا بدّ من أن يكون فى البين ملاحظه جهه معيّنه تكون المعيار فى حكمهما، وبما أنّ الأرش داخل فى الديه وفى الجنايه على المملوک نسبه نزول قيمته بالجنايه لو لاها، مع ما ورد فى أنّ ديه العبد لا تتجاوز ديه الحرّ، ولو كانت قيمته ضعف ديه الحرّ يحسب قيمته مقدار ديه الحر بلا فرق بين ديه نفسه أو ديه أعضائه، فالجهه المعيّنه التى تصلح ملاحظتها، فى موارد الأرش فى الجنايه على الحرّ إنّما هى ملاحظه الأرش فى الجنايه على المملوک.

نعم، إذا لم يمكن التعيين بهذا النحو فمقتضى التعليل فى موثّقه أبى عبيده

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 89 ، الباب 35 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

والتقدير فى ثمانيه عشر:

(الأوّل): الشعر وفى شعر الرأس الديه، وكذا فى شعر اللحيه. فإن نبتا، فقد قيل: فى اللحيه ثلث الديه، والروايه ضعيفه. والأشبه فيه وفى شعر الرأس الأرش إن نبت، وقال المفيد رحمه الله : فى شعر الرأس إن لم ينبت مئه دينار ولا أعلم المستند[1].

الشَرح:

الحكم بما يراه الحاكم على ما مرّ من باب قطع المنازعه.

ما فيه تقدير

الشعر

[1] التزم قدس سره بأنّ ثبوت الديه فى الجنايه على الأعضاء فى ثمانيه عشر موضعاً، ويتّضح مواضع ثبوتهاو تعدادها بالتعرض إلى موارد ثبوتها، وذكر فى الموضع الأوّل الشعر، فقال فى إزاله شعر الرأس، بحيث لم ينبت بعد ذلک تمام الديه وكذا الحال فى إزاله الشعر اللحيه، وقيل إن نبت شعر اللحيه ففى إزالته ثلث الديه والتزم قدس سره بأنّ الأظهر ثبوت الأرش إذا نبت شعر اللحيه، وكذا فى شعر الرأس؛ لأنّ الروايه الدالّه على ثبوت ثلث الديه إذا نبت شعر اللحيه بعد إزالته ضعيفه، كما أنّ ما ذكر المفيد قدس سره (1) والصدوق فى موضع من المقنع(2) من أنّ ديه شعر الرأس إذا لم ينبت مئه دينار، لا يعرف لذلک مستند.

ويستدلّ على ثبوت الديه الكامله فى إزاله شعر الرأس بحيث لا ينبت بصحيحه سليمان بن خالد المرويه فى الفقيه، قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل صبّ ماءً حاراً على رأس رجل فامتعط شعره فلا ينبت أبداً قال: «عليه الديه»(3).

1- (1) المقنعه : 756.
2- (2) المقنع : 530.

3- (3) من لا يحضره الفقيه 4 : 149 ، الحديث 5330.

....

الشَرح:

ويؤيّد بروايه سلمه بن تمام قال: أهرق رجل قدراً فيها مرق على رأس رجل فذهب شعره فاختصموا فى ذلک إلى علىّ عليه السلام فأجّله سنه فلم ينبت شعره فقضى عليه بالديه(1).

وبمرسله على بن خالد (على بن حديد) عن بعض رجاله، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قلت: الرجل يدخل الحمام فيصبّ عليه صاحب الحمّام ماءً حارّاً فيمتعط شعر رأسه فلا ينبت فقال: «عليه الديه كامله»(2).

وقد يناقش فى صحيحه سليمان بن خالد بأنّه رواها الشيخ فى التهذيب فى الصحيح عن جعفر بن بشير، عن هشام بن سالم، عن سليمان بن خالد، وهذا عين سند الفقيه(3)، هكذا قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : رجل دخل الحمام فصبّ عليه ماء حار فامتعط شعر رأسه ولحيته فلا ينبت أبداً قال: «عليه الديه»(4) وظاهرها ثبوت الديه فى ذهاب شعر الرأس واللحيه معاً لا فى ذهاب كلّ من شعر الرأس أو اللحيه.

وقد أيّد فى الجواهر روايه الفقيه بما ورد فى إزاله شعر المرأه إذا لم ينبت، حيث ورد أنّ الثابت فيه الديه يعنى ديه المرأه، مضافاً إلى التأييد بروايه سلمه بن تمام ومرسله على بن خالد (على بن حديد) فرجّح أن يكون (الواو) فى روايه التهذيب بمعنى (أو) مع أنّ روايه الفقيه أضبط من روايات التهذيب(5).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 342 ، الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 341 ، الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
3- (3) من لا يحضره الفقيه 4 : 149 ، الحديث 5330.
4- (4) التهذيب 10 : 250 ، الحديث 24.
5- (5) الجواهر 43 : 170.

....

الشَرح:

أقول: لا معيّن فى البين لكون الروايه فى الأصل هو ما رواه فى الفقيه، وما ذكروا من روايه سلمه بن تمام والمرسله لا تفيدان شيئاً، ومن المحتمل أن يكون مرجع الضمير فى روايه الصدوق: «فامتعط شعره» هو الرجل لا رأس الرجل ولا يكون حينئذ بين الروايتين اختلاف فى المدلول، ولا يبعد أيضاً أن يلتزم بأنّ فى سقوط شعر الرأس واللحيه بعمل واحد تثبت ديه النفس، وأمّا إذا كان كلّ منهما بعمل منفرداً يثبت الديه لكلّ منهما بقرينه معتبره السكونى حيث ورد فيها ثبوت الديه فى حلق اللحيه قال: إنّ عليّاً عليه السلام قضى فى اللحيه إذا حلقت فلم تنبت الديه كامله، فإذا نبتت فثلث الديه(1).

وما فى عباره الماتن من أنّ «الروايه ضعيفه» لا يمكن المساعده عليه، اللهم إلاّ أن يقال ضعف روايه السكونى من جهه أنّ السكونى روايته عن قضاء على عليه السلام حيث لم يذكر الواسطه بينه وبين على عليه السلام لكونها مرفوعه لا من جهه الحسين بن يزيد النوفلى ليقال باعتباره فإنّه من المعاريف، أو أنّ عمل الأصحاب بروايات السكونى مع كون الناقل عنه النوفلى يفيد توثيقه أو لغير ذلک، ويمكن أن يقال لا يثبت من صحيحه هشام بن سالم عن سليمان بن خالد إلاّ ثبوت الديه فى ذهاب شعر الرأس واللحيه بعمل واحد، وأمّا فى ذهاب كلّ منهما منفرداً فثبوت الديه لكلّ منهما للدليل الدالّ على الأمر العام وهو أنّ كلّ ما من العضو فى البدن واحداً ففيه الديه، وما كان اثنان ففيه نصف الديه.

ثمّ إنّ ثبوت الديه الكامله فى ذهاب جميع شعر الرأس أو اللحيه، وأمّا إذا كان الذاهب بعضه فقالوا يحسب بمقدار مساحته ولكن لا يبعد الأرش إلاّ إذا كان الباقى بحيث يلحق بالعدم، وعلى ذلک ففى صوره عود الشعر الساقط الأحوط الصلح فى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 341 ، الباب 37 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

أمّا شعر المرأه ففيه ديتها، ولو نبت ففيه مهرها[1].

الشَرح:

أرش اللحيه وتعيّن الأرش فى شعر الرأس.

شعر المرأه

[1] ذكر فى الجواهر(1) عدم الخلاف فى ذلک إلاّ أنّ الإسكافى، جعل فيما نبت شعرها ثلث ديتها(2).

ويستدلّ على ذلک بروايه عبداللّه بن سنان التى ذكرها الشيخ فى التهذيب فى باب الحد فى القياده، وفى باب ديات الأعضاء والجوارح، ففى الأوّل رواها عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمّد بن سليمان، عن عبداللّه بن سنان قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام أخبرنى عن القوّاد ما حدّه؟ قال: لا حدّ على القوّاد، أليس إنّما يعطى الأجر على أن يقود؟ إلى أن قال: قلت: جعلت فداک فما على رجل وثب على امرأه فحلق رأسها؟ قال: يضرب ضرباً وجيعاً ويحبس فى سجن المسلمين حتّى يستبرأ شعرها فإن نبت أخذ منه مهر نسائها، وإن لم ينبت أخذ منه الديه كامله خمسه آلاف درهم، قلت: فكيف مهر نسائها إن نبت شعرها؟ فقال: يابن سنان إنّ شعر المرأه وعذرتها شريكان فى الجمال فإذا ذهب بأحدهما وجب لها المهر كاملاً(3).

ورواها فى ديات الأعضاء بإسناده عن محمّد بن الحسن الصفّار، عن إبراهيم بن هاشم، عن سليمان المنقرى، عن عبداللّه بن سنان قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : جعلت فداک ما على رجل وثب على امرأه فحلق رأسها(4). إلى آخر الحديث كما تقدّم.

1- (1) جواهر الكلام 43 : 174.
2- (2) رياض المسائل 2 : 542 (الطبعه الحجريه).
3- (3) التهذيب 10 : 64 ، الحديث الأوّل.
4- (4) التهذيب 10 : 262 ، الحديث 68.

وفى الحاجبين خمسمئه دينار[1]،

الشَرح:

والروايه بحسب هذا النقل صحيحه أو موثّقه فإنّ سليمان المنقرى هو سليمان بن داود المنقرى، وإن وقع الشک فى كونه من أصحابنا إلاّ أنّه ثبت له التوثيق، وأمّا محمّد بن سليمان الواقع فى سند الروايه الأُولى فهو مردّد، ولا بعد فى ثبوت النقل لإبراهيم بن هاشم بواسطه محمّد بن سليمان تاره وسليمان بن داود المنقرى أُخرى.

وأمّا ما فى الوسائل من توصيف محمّد بن سليمان بالمنقرى(1) فلم يظهر له وجه فإنّه لم يوصف محمّد بن سليمان بالمنقرى لا فى روايه الكلينى ولا فى روايه الشيخ، ولا فى كتب الرجال مذكور.

نعم، وصفه الصدوق قدس سره بالبصرى ولكن لم يورد فى الفقيه إلاّ صدرها الناظره إلى حدّ القواد(2).

وكيف ما كان، فلا بأس بالالتزام بما ذكروه فى ديه شعر رأس المرأه.

شعر الحاجبين

[1] هذا منسوب إلى أكثر الأصحاب بل إلى المشهور.

ويستدلّ على ذلک بخبر أبى عمرو المتطبب حيث ورد فى كتاب الفرائض لأميرالمؤمنين عليه السلام الذى عرضه لأبى عبداللّه عليه السلام : «وإن أُصيب الحاجب فذهب شعره كلّه فديته نصف ديه العين مئتا دينار وخمسون ديناراً فما أُصيب منه فعلى حساب ذلک»(3) وقد يناقش فى الروايه بضعف السند.

وفيه لا مجال للمناقشه فى السند فإنّ كتاب الفرائض الوارد فيه هذا الحكم

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 334 ، الباب 30 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 47 ، الحديث 5061.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 289 ، الباب 2 فى أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

وفی کلّ واحده نصف ذلک، وما أُصیب منه فعلی الحساب[1]

الشَرح:

عرضه یونس بن عبدالرحمن علی الرضا علیه السلام وکذا الحسن بن فضال فقال علیه السلام : هو حقّ قد کان أمیرالمؤمنین علیه السلام یأمر عماله بذلک، روی ذلک الشیخ والکلینی قدّس سرهما ذلک بسند صحیح عن یونس وابن فضّال قالاً: عرضنا کتاب الفرائض عن أمیرالمؤمنین علیه السلام علی أبی الحسن الرضا علیه السلام قال: هو حقّ(1).

وبهذا یظهر أنّ ما هو المحکی(2) عن صاحب الغنیه والإصباح(3) من أنّ فی ذهاب شعر الحاجبین معاً تمام الدیه وفی ذهاب شعر أحدهما نصف الدیه، لا یمکن المساعده علیه؛ فإنّه لم یرد تحدید الدیه بما ذکرا فی شیء من الروایات، ولعلّهما أخذا بما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان، وغیرها «کلّ ما فی الجسد اثنان ففیها الدیه الکامله وفی أحدهما نصفه وما کان واحد ففیه تمام الدیه»(4) ولکن ماورد فیها من قبیل المطلق والعامّ فیرفع الید عنهما بالخطاب الخاصّ الوارد فی مورد مع أنّ فی شمول العامّ لمثل الحاجبین ممّا لا یکون من الأعضاء الأصلیّه تأمّلاً کما أشرنا آنفاً.

[1] قد ورد ذلک فی ذیل الخبر المتقدّم فیتعیّن الأخذ بذلک، بل یذکر أنّ هذا یجری فی إذهاب شعر الرأس واللحیه أیضاً، ولکن قد تقدّم عدم ورود ذلک فی إذهابهما فالمتعین هو الأخذ بالأرش وقد یبادر إلی الذهن أنّ الأرش یثبت فی حلق الرأس أیضاً إذا لم یکن مقروناً بالجنایه علی بشرته کصب الماء الحارّ ونحوه کما کان ذلک مورد النصّ، وأما حلق اللحیه فقد ذکرنا أنّ الروایه ضعیفه لکونها مرفوعه ومع الغمض عن ذلک فلا یبعد أن یکون المراد الحلق مع إذهاب جلد البشره بقرینه ما ورد فیه من فرض أنّه لم ینبت بعد الحلق.

1- (1) التهذیب 10 : 295 ، الحدیث 26 ، والکافی 7 : 330، الحدیث الأوّل، وفیه: هو صحیح.
2- (2) حکاه السید الخوئی فی مبانی تکمله المنهاج 2 : 271.
3- (3) الغنیه: 417 ، الإصباح : 504.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

وفی الأهداب تردّد.[1] قال فی المبسوط والخلاف: الدیه إن لم ینبت وفیها مع الأجفان دیتان. والأقرب السقوط حاله الانضمام، والأرش حاله الإنفراد.

وما عدا ذلک من الشعر لا تقدیر فیه، استناداً إلی البراءه الأصلیّه[2].

الشَرح:

الأهداب

[1] الأهداب جمع الهدب بالضم والدال المهمله أو المعجمه هو الشعر النابت علی الأجفان وإذا أزال الشعر عن الأجفان الأربعه فهل یکون علیه الدیه أم یثبت الأرش؟ الظاهر هو الثانی لعدم ورود الدیه فیه فی شیء من الروایات.

والاستدلال علی ذلک بما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان وغیرها: «کلّ ما فی الجسد اثنان ففیه الدیه وفی واحد نصف الدیه(1)» لا تعمّ الأجفان فضلاً عن الشعر النابت فیها فإنّها فی الجسد أربع.

وما حکاه الماتن قدس سره عن الشیخ قدس سره فی الخلاف والمبسوط(2) لم یعلم له وجه غیر ما ذکرنا من دعوی العموم المشار إلیه.

وأیضاً ما ذکر فیهما أنّه إذا ذهب الأهداب مع الأجفان کما إذا قطع الأجفان یکون علیه دیتان دیه الأهداب ودیه الأجفان لا یمکن المساعده علیه حیث إنّ مع إزاله الأجفان یکون ذهاب الأهداب تبعیاً، یثبت فی قطع الأجفان وشترها، وبما أنّ الدیه المذکوره فی الأجفان أیضاً غیر ثابت علی ما یأتی؛ لأنّ العموم فی صحیحه عبداللّه بن سنان وکذا فی صحیحه هشام لا تعمّ ما فی الجسد أربعه بل یثبت فی شترها وقطعها ما یأتی فی دیتها.

[2] إنّما تکون البراءه الأصلیّه بالإضافه إلی تقدیر الدیه، وأمّا إذا أُزیل منفرداً وعدّ ذلک عیباً یثبت الأرش والحکومه، بل مطلقاً إذا وقع ذلک قهراً علیه لما تقدّم.(3)

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 و287 ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحديث 1 و12.
2- (2) المبسوط 7 : 130 ، الخلاف 5 : 197 ، المسأله 67 ، والصفحه 236 ، المسأله 25.
3- (3) فى الصفحه 129.

الثانى: العينان وفيهما الديه. وفى كلّ واحده نصف الديه. ويستوى الصحيحه والعمشاء والحولاء والجاحظه[1].

الشَرح:

نعم، إذا كانت الإزاله تبعاً لإزاله العضو أو جلد البشره كما إذا كشط الجلد لم يكن فيه إلاّ ديه قطع العضو أو أرش إزاله الجلد.

ديه العينين

[1] لا خلاف فى أنّ الثابت فى العينين معاً الديه الكامله وفى واحده منها نصف الديه.

ويدلّ عليه صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ما كان فى الجسد منه اثنان ففيه نصف الديه مثل اليدين والعينين»(1).

وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكسر ظهره، قال: «فيه الديه كامله وفى العينين الديه، وفى أحدهما نصف الديه»(2).

وصحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كلّ ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه، وفى أحدهما نصف الديه، وما كان فيه واحد ففيه الديه»(3) وهى على روايه الشيخ(4) مضمره وعلى روايه الفقيه(5) مسنده إلى أبى عبداللّه عليه السلام .

ومقتضى الإطلاق فى صحيحتى عبداللّه بن سنان والحلبى عدم الفرق بين العين الصحيحه والعمشاء، والمراد بها العين الضعيفه البصر الذى لا يرى صاحبها الأشياء صافياً بحيث لضعفها يسيل دمعها كثيراً وبين العين الحولاء والعين

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.
4- (4) التهذيب 10 : 258 ، الحديث 53.
5- (5) من لا يحضره الفقيه 4 : 133 ، الحديث 5288.

وفى الأجفان الديه[1]. وفى تقدير كلّ جفن خلاف. قال فى المبسوط: فى كلّ الشَرح:

الجاحظه والجهراء التى لا تبصر فى الشمس وغير ذلک.

ديه الأجفان

[1] ثمّ إنّ الماتن قدس سره تعرض لديه الأجفان والتزم فى جميعها الديه الكامله وقال فى تقدير الديه فى كلّ جفن خلاف، قال الشيخ فى المبسوط فى كلّ جفن ربع الديه(1) وقال فى الخلاف فى الجفن الأعلى ثلثا الديه وفى الأسفل الثلث(2). وفى موضع آخر منه فى الأعلى ثلث الديه وفى الأسفل النصف.

وعلى ذلک فلو شتر الجفن الأعلى والأسفل من عين واحده تكون ديتهما ناقصه عن ديه العين الواحده بسدس ولا يكون فى شتر الأجفان وقطعها الديه الكامله بل الثابت الناقص من الديه الكامله بسدسين.

والمشهور بين الأصحاب أنّ فى شترها جميعاً أو قطعها كذلک، تمام الديه استناداً إلى ما تقدم فى أنّ كلّ ما فى الجسد منه اثنان ففيه نصف الديه وفى الاثنين تمام الديه.

ولكن شموله للأجفان محلّ تأمّل؛ لأنّ الأجفان أربع لا اثنان.

والأظهر أنّه فى شتر الجفن الأعلى ثلث الديه وفى السفلى نصف ديه العين كما يشهد بذلک ما ورد فى كتاب الفرائض الذى تقدّم أنّ الكلينى والشيخ روياه بسند صحيح عن الرضا عليه السلام حيث ورد فيه: «إن أُصيب شفر العين الأعلى فشتر فديته ثلث ديه العين مئه دينار وسته وستّون ديناراً وثلثا دينار، وإن أُصيب شفر العين الأسفل فشتر فديته نصف ديه العين مئتا دينار وخمسون ديناراً» الحديث(3). وأمّا ما ذكر

1- (1) المبسوط 7 : 130.
2- (2) الخلاف 5 : 236 ، المسأله 24.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 289 ، الباب 2 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

واحد ربع الديه. وفى الخلاف: فى الأعلى ثلثا الديه، وفى الأسفل الثلث. وفى موضع آخر: فى الأعلى ثلث الديه، وفى الأسفل النصف. وينقص على هذا التقدير سدس الديه والقول بهذا كثير. وفى الجنايه على بعضها بحساب ديتها[1].

ولو قلعت مع العينين، لم يتداخل ديتاهما[2].

الشَرح:

الشيخ قدس سره فى الخلاف من تقدير الديه فى الجفن الأعلى بثلثى الديه وفى الأسفل بالثلث(1).

فلا وجه له أصلاً حيث لم يرد فى روايه، ودعوى الإجماع موهومه.

والمتحصّل بناءً على ما فى كتاب الفرائض تكون ديه الجفن الأعلى والأسفل ناقصاً عن ديه العين الواحده بسدس؛ لأنّ الثلث الذى ديه الأعلى يساوى سدسين والسدسان يضاف إليهما النصف يعنى ثلاثه أسداس فيصير المجموع خمسه أسداس.

فينقص من ديه العين الواحده بسدس، والصحيحه وإن ورد فيها (شتر) إلاّ أنّه لو لم يعمّ قطع الجفن يثبت الحكم فيه بالأولويه.

[1] هذا ورد فى كتاب الفرائض فى ذهاب شعر الحاجبين وكأنّه لا خصوصيّه لهما فيجرى الحكم فى الأجفان أيضاً، ويحتمل رجوع الضمير فيه إلى ما تقدّم فيعمّ الأجفان أيضاً.

[2] وذلک فإنّ الواقع جنايتان وفى كلّ واحد منهما ديه ولم يقم دليل على التداخل، والأصل أى مقتضى الإطلاق فى خطاب كلّ منهما الثبوت فى كلا فرضى الانضمام والانفراد، وهذا بخلاف الأهداب حيث تذهب بذهاب الجفن فإنّ الأهداب تابعه للأجفان.

1- (1) الخلاف 5 : 236 ، المسأله 24.

وفی العین الصحیحه من الأعور الدیه کامله، إذا کان العور خلقه أو بآفه من اللّه تعالی[1]. ولو استحق دیتها، کان فی الصحیحه نصف الدیه خمسمئه دینار.

أمّا العوراء ففی خسفها روایتان[2]، إحداهما ربع الدیه. وهی متروکه والأُخری ثلث الدیه وهی مشهوره، سواء کانت خلقه أو بجنایه جان، ووَهِمَ هنا واهم فتوقَّ زلله.

الشَرح:

العین الصحیحه من الأعور

[1] هذا التقیید وقع فی کلام المشهور حیث قیّدوا ثبوت الدیه الکامله فی عین الأعور الصحیحه بما إذا کان أعوریته بحسب الخلقه الأصلیّه أو بآفه من اللّه.

وأمّا إذا کان بجنایه الآخر الموجب لاستحقاقه أخذ الدیه فدیه عینه الصحیحه خمسمئه دینار وکأنّه لا فرق بین أخذه الدیه أم لا.

ولکن ما ورد فی أنّ دیه العین الصحیحه من الأعور، الدیه الکامله لم یرد فیه التقیید ولیس فی البین ما یوجبه ففی صحیحه محمّد بن قیس قال: قال أبوجعفر علیه السلام : «قضی أمیرالمؤمنین علیه السلام فی رجل أعور أصیبت عینه الصحیحه ففقئت أن تفقأ إحدی عینی صاحبه ویعقل له نصف الدیه وإن شاء أخذ دیه کامله ویعفی عن عین صاحبه»(1).

وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی عین الأعور الدیه کامله»(2) والمراد عینه الصحیحه بقرینه ما تقدّم وما یأتی فی خسف عینه العوراء.

العین العوراء

[2] المنسوب إلی المشهور أنّ فی خسف العین العوراء أو قلعها ثلث الدیه وإن

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 180 ، الباب 17 من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 330 ، الباب 27 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

كان المحكى(1) عن الشيخ فى النهايه الفرق بين الخسف والقلع فقال فإن قلع العين العوراء التى أُخذت ديتها أو استحقّها ولم يأخذها فنصف الديه وإن خسف بها ولم يقلعها ثلث ديتها(2).

ولكنّ الظاهر عدم الفرق بينهما لما ورد فى صحيحه بريد بن معاويه، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «فى لسان الأخرس وعين الأعمى وذكر الخصى وأُنثييه ثلث الديه»(3) ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين القلع والخسف كما أنّ مقتضاها عدم الفرق بين كون العور من اللّه سبحانه أو بالجنايه أُخذت ديتها أم لا.

وعن ابن إدريس وإن كان العور من اللّه تعالى فلا خلاف بين أصحابنا أنّ فيها ديتها كامله خمسمئه دينار(4)، فلم يفرق بين الصحيحه والعوراء ولعل الماتن قدس سره يشير إلى ذلک بقوله ووهم هنا واهم إلخ.

وكيف كان فى مقابل صحيحه بريد، روايتان:

إحداهما روايه عبداللّه بن أبى جعفر، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى العين العوراء تكون قائمه فتخسف؟ فقال: «قضى فيها على بن أبى طالب عليه السلام نصف الديه فى العين الصحيحه»(5).

وروايه عبداللّه بن سليمان، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل فقأ عين رجل ذاهبه وهى قائمه، قال: «عليه ربع ديه العين»(6) ولكن فى سندهما أبوجميله وهو

1- (1) حكاه ابن ادريس فى السرائر 3 : 381.
2- (2) لا حظ عباره الشيخ فى النهايه : 765.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
4- (4) السرائر 3 : 382.

5- (5) وسائل الشيعه 29 : 333 ، الباب 29 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
6- (6) وسائل الشيعه 29 : 334 ، الباب 29 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

....

الشَرح:

المفضّل بن صالح ضعيف، وعبداللّه بن سليمان مجهول، وكذا عبداللّه بن أبى جعفر.

وقد ورد فى صحيحه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: سأله بعض آل زراره عن رجل قطع لسان أخرس؟ فقال: «إن كان ولدته أمّه وهو أخرس فعليه ثلث الديه، وإن كان لسانه ذهب به وجع أو آفه بعد ما كان يتكلّم فإنّ على الذى قطع لسانه ثلث ديه لسانه، قال: وكذلک القضاء فى العينين والجوارح، قال: وهكذا وجدناه فى كتاب علىّ عليه السلام»(1) فلابدّ من حمل العينين على الاستغراق بمعنى أنّ فى كلّ من العين العوراء أو الأعمى ثلث ديتها.

ثمّ إنّه قد تقدّم أنّ الأعور إذا جنى على البصير فإن كان جنايته عمديّاً يقتصّ منه كما يدلّ على ذلک صحيحه محمّد بن قيس، قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : أعور فقأ عين صحيح؟ قال: تفقأ عينه، قال: قلت: يبقى أعمى؟ قال: الحقّ أعماه(2). ونحوها غيرها.

0وهذا بخلاف الأعمى فإنّه قد تقدّم أنّه لا يقتصّ من الأعمى، بل تتعلّق به الديه فى ماله كما يدلّ عليه موثّقه أبى عبيده، قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح؟ فقال: «إنّ عمد الأعمى مثل الخطاء هذا فيه الديه فى ماله فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام»(3) بل لا يحتاج هذا المورد إلى النصّ والروايه لعدم إمكان القصاص.

ويدل عليه أيضاً صحيحه محمّد الحلبى(4).

ص :142

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 178 ، الباب 15 من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 89 ، الباب 35 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

الثالث: الأنف وفيه الديه كامله إذا استُؤصل[1]. وكذا لو قطع مارنه، وهو ما لانَ منه.

الشَرح:

بقى فى المقام أمر: وهو أنّه إذا كان عين شخص قائمه فقلعها أو خسفها جان وقال المجنى عليه إنّها كانت صحيحه تبصر وادّعى الجانى أنّها كانت قائمه لا تبصر، فالمشهور على أنّه تثبت ديه العين العوراء أى ثلث ديه العين، ويحلف على نفيما يقول المجنى عليه وذلک لأصاله براءه ذمّه الجانى عن الزائد الذى يدّعيه المجنى عليه فيكون منكراً فيحلف.

ولكن يختصّ ذلک بما إذا لم تكن عينه قبل ذلک صحيحه، وإلاّ كان مقتضى الاستصحاب كونها صحيحه وأنّ فى قلعها أو خسفها خمسمئه دينار.

بل يأتى عند تعرّض الماتن قدس سره أنّ قول المجنى عليه مطابق لأصاله الصحّه الجاريه فى الإنسان كما يجرى فى غيره فإن لم يكن للجانى طريق إلى إثبات كونها عوراء، يحكم بثبوت ديه العين الصحيحه، ويأتى عند تعرّض الماتن لذلک أنّ الشارع حكم بثبوت خمسمئه دينار فى العين، وقد خرج عن ذلک العين العوراء فيمكن إحراز عدم كونها عوراء بالاستصحاب فى العدم الأزلى، ولا يعارض بالاستصحاب فى عدم كونها صحيحه حيث ذكرنا أنّ الصحّه لم تؤخذ فى موضوع الديه وإثبات كونها عوراء بذلک الاستصحاب من الأصل المثبت.

ديه الأنف

[1] قد ذكر الماتن عليه السلام أنّ الأنف إذا استؤصل أى قطع كلّه أو قطع مارنه وهو ما لان منه أو كسر ففسد ففى كلّ من الفروض الثلاثه تمام الديه لما تقدّم من صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كلّ ما فى الإنسان اثنان ففيهما الديه وفى أحدهما نصف الديه وما كان فيه واحد ففيه الديه»(1).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام : «وفی الأنف إذا قطع المارن الدیه»(1).

وصحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی الأنف إذا استؤصل جدعه الدیه» الحدیث(2).

وفی معتبره زراره، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «وفی الأنف إذا قطع المارن الدیه»(3).

وموثّقه سماعه، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «وفی الأنف إذا قطع الدیه کامله»(4).

وفی موثّقته التی رواها الشیخ قال: سألت إلی أن قال وفی الأنف إذا قطع المارن الدیه کامله(5).

والمحکی(6) عن الشیخ علیه السلام فی المبسوط أنّ فی قطع المارن تمام الدیه، وهو أی المارن دون قصبه الأنف فیکون المنحزین والحاجز بینهما إلی القصبه وإذا قطع المارن مع القصبه کان فی المارن الدیه أی کامله ففی القصبه الحکومه.

وحکی ذلک عن الوسیله والعلاّمه فی التحریر والشهید فی الروضه(7) واختاره فی الریاض(8).

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 284 ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 4.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 285 ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 5.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 285 ، الباب الأوّل، من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 6.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 286 ، الباب الأوّل، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 7.
5- (5) التهذيب 10 : 246 ، الحديث 8.
6- (6) حكاه العلاّمه فى المختلف 9 : 453 ، وانظر المبسوط 7 : 95 96.
7- (7) حكاه عنهم النجفى فى جواهر الكلام 43 : 191. وانظر الوسيله: 447 ، والتحرير 2 : 269، (الطبعه الحجريه)، والروضه البهيه 10 : 207.
8- (8) رياض المسائل 2 : 544 ، (الطبعه الحجريه).

وكذا لو كسر ففسد[1].

الشَرح:

ومستندهم أنّه إذا كانت الديه كامله فى المارن فالزائد عنه أى قطع القصبه كلاًّ أو بعضاً جنايه لا تخلوعن عوض وإذا لم تعيّن الديه يكون فيه الأرش والحكومه.

ولكن لا يخفى أنّه إذا كان قطع القصبه بجنايه أُخرى لا يبعد ما ذكروه.

وأمّا إذا كان بجنايه واحده فلا يمكن المساعده عليه لما تقدّم من أنّ قطع الأنف يوجب الديه سواء استؤصل كلّه أو قطع المارن منه كما يظهر ذلک ممّا تقدّم من الروايات خصوصاً صحيحه عبداللّه بن سنان، وموثقه سماعه حيث حدّد فى قطع الأنف الديه، بالديه الكامله اللازمه لها نفى الزائد.

وعلى الجمله، نفى الزائد فى المقام مستفاد من الروايات.

ولو لم يكن فى البين إلاّ خصوص الروايات الوارده فى قطع المارن تعيّن القول أيضاً بما ذكر لما دلّ على أنّ كلّ عضو فى البدن واحد ففيه الديه الكامله.

نعم، لو كان قطع القصبه أو شىء منها بجنايه أُخرى تعيّن فيه الحكومه كما ذكرنا ولو لم يكن روايات قطع المارن كان المتعيّن فى قطعه الحكومه اللهم إلاّ أن يقال إنّ قطع الأنف الوارد فى الروايات كقطع الذكر يعمّ قطع الكلّ أو البعض.

كسر الأنف

[1] وجوب الديه كامله فيما إذا انكسر الأنف وفسد ممّا التزم به الشيخان والحلبى وابن حمزه والعلاّمه وولده والشهيدان.

وغيرهم بل عن الرياض لم يعلم فيه خلاف ويقال إنّ فساده كالإبانه، وقد ذكر فى الروض أنّ المراد من فساده سقوطه لا صيرورته أشل الذى يأتى حكمه(1).

1- (1) حكاه عنه النجفى فى جواهر الكلام 43 : 191. الرياض 2 : 544 ، (الطبعه القديمه).

ولوجبر على غير عيب فمئه دينار[1].

الشَرح:

وفى الجواهر(1) ظاهر كلمات الأصحاب أنّ المراد من الفساد أعم من السقوط واستدل قدس سره بما ورد فى صحيحه هشام بن سالم: كلّ ما فى البدن واحد ففيه الديه(2). فإنّه بإطلاقه يعمّ الإفساد الذى يعدّ من ذهاب العضو.

أقول: لو كان الكسر الموجب للإفساد بحيث أوجب ذهاب الأنف أو المارن منه ففيه الديه كامله لما تقدم، وإلاّ فالحكم بأنّ فيه تمام الديه مشكل ولابد فيه من الرجوع إلى الحكومه.

والاستدلال بالديه كامله مع عدم ذهاب الأنف أو المارن بما ورد فى صحيحه هشام بن سالم لا يمكن المساعده عليه فإنّ ظاهرها ذهاب ما فى البدن لا بقاؤه فيه معيوباً كالعضو المشلول.

لو جبر الأنف على غير عيب

[1] قد ذكر فى الجواهر بعد نقل ذلک عن جماعه وعن الغنيه الإجماع وأنّه الحجه بعد تبيّنه: يفهم ذلک ممّا ورد فى خبر ظريف من ثبوت المئه فى كسر الظهر إذا جبر على غير عيب من أنّ ذلک كذلک فى كلّ ما كان فى كسره الديه(3)، أى الديه الكامله وأنّه إذا جبر من غير عيب تكون الديه مئه دينار ويدخل فيه ما نحن فيه.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ ما ورد فى معتبره ظريف أنّ فى كسر الظهر إذا جبر من غير عيب مئه دينار(4)، وليس فيه أى دلاله على أنّه حكم كلّى فى كلّ ما كان فى كسره الديه كامله، وعلى تقدير الإغماض لم تثبت الديه الكامله فى كسر الأنف

1- (1) جواهر الكلام 43 : 191 - 192.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل، من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

3- (3) جواهر الكلام 43 : 192 ، وانظر الغنيه: 417.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وفی شلله ثلثا دیته[1].

الشَرح:

علی ما تقدّم فالمتحصّل المرجع مع البرء وعدمه الحکومه.

شلل الأنف

[1] هذا الحکم لا یختصّ بشلل الأنف بل ذکر أصحابنا أنّ فی شلل کلّ عضو فیه الدیه أی عین له دیه ففی شلله ثلثا تلک الدیه، وبما أنّ الدیه فی الأنف مقدّر وهو الدیه الکامله إذا استؤصل جدعاً أو قطع مارنه، یکون فی الجنایه الموجبه لشلله ثلثا الدیه الکامله.

ویستدلّ علی القاعده الکلّیه بصحیحه الفضیل بن یسار علی روایه الکلینی قدس سره قال: سألت أباعبداللّه علیه السلام عن الذراع إذا ضرب فانکسر منه الزند، قال: فقال: إذا یبست منه الکفّ فشلّت أصابع الکفّ کلّها فإنّ فیها ثلثی الدیه دیه الید، قال: وإن شلّت بعض الأصابع وبقی بعض فإنّ فی کلّ إصبع شلّت ثلثی دیتها، قال: وکذلک الحکم فی الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(1).

ووجه الاستدلال أنّ قوله علیه السلام : «وکذلک الحکم فی الساق والبدن» ظاهر عدم خصوصیه للید وأنّ الحکم المذکور جارٍ فی کلّ عضو یکون مشلولاً بالجنایه.

ویمکن أن یستفاد ذلک ممّا ورد فی قطع ذکر الخصی أو أُنثییه من أن فی قطع کلّ منهما ثلث الدیه وکذلک ما ورد فی قطع لسان الأخرس(2)، بل ما ورد فی قطع الید الشلاّء من أنّ فیها ثلث دیه الید(3).

وفی روایه الحکم بن عتیبه قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن أصابع الیدین

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 347 ، الباب 39 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 5.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 13.

....

الشَرح:

والرجلين إلى أن قال: وكلّما كان من شلل فهو على الثلث من ديه الصحاح(1).

ووجه الاستفاده هو أنّ الشلل يوجب ذهاب ثلثى الديه فيكون على الجانى الموجب جنايته الشلل ثلثا الديه.

ولكن فى مقابل ذلک بعض الروايات الدالّه على أنّ فى الجنايه الموجبه لشلل العضو تمام ديه العضو كصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الإصبع عشر الديه إذا قطعت من أصلها أو شلّت»(2) وموثّقه زراره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الإصبع عشر من الإبل إذا قطعت من أصلها أو شلت»(3) وفى صحيحه يونس بن عبدالرحمن الذى عرض على الرضا عليه السلام كتاب الديات: والشلل فى اليدين كلتاهما ألف دينار وشلل الرجلين ألف دينار(4)، ولكن لابدّ فى المعارضه مع صحيحه الفضيل بن يسار وغيرها حملها على التقيّه؛ لأنّ تساوى الشلل وقطع العضو محكىّ عن بعض العامّه.

لا يقال: كيف تحمل ما فى كتاب ظريف على التقيّه مع أنّ المحكى عن الرضا عليه السلام بسند صحيح أنّه عليه السلام قال: إنّه حق(5).

فإنّه يقال: إنّ ما ورد فى الصحيح عن الرضا عليه السلام كون الكتاب المسؤول عنه حقاً صدر ما فيه عن أمير المؤمنين عليه السلام وأمّا إنّه لم يكن فيه حكم صدر عن أمير المؤمنين عليه السلام لرعايه التقيّه كما صدر ذلک عن سائر الأئمه عليهم السلام فلا دلاله فيه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 345 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 346 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 348 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 8.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 290 ، الباب 2 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.

وفى الروثه وهى الحاجز بين المنخرين نصف الديه[1]. وقال ابن بابويه: هى مجمع المارن. وقال أهل اللغه هى طرف المارن.

الشَرح:

على ذلک؛ ولذا لم يجر دأب العلماء على تقديم ما فيه على سائر الروايات إذا كانت على تعارض لما فيه، بل يعمل بما فى هذا الكتاب مع عدم المعارضه أو عدم كون المعارض معتبره فى نفسها.

وربّما يقال بعد تعارض الروايتين يكون المرجع الأصل العملى ومقتضاه الاكتفاء بالثلثين لجريان أصاله البراءه عن ضمان الزائد.

وفيه كون الثلثين متيقناً مبنى على اعتبار ما دلّ على أنّ الديه فى شلل كلّ عضو ثلثا ديته وإذا سقط بالمعارضه فلا يمكن الالتزام بأنّ الثلثين متيقّن.

ودعوى أنّ المعارضه بينهما فى لزوم الزائد على الثلثين وعدم لزومه لا فى أصل لزوم الثلثين.

لا يمكن المساعده عليها فإنّه مبنى على اعتبار الدلاله الالتزاميه بعد سقوط المتعارضين عن الاعتبار فى دلالتهما المطابقيّه أو اعتبارهما فى الدلاله التضمنيّه المرتبطه بالدلاله المطابقيّه بعد سقوطهما عن الاعتبار فيها.

ديه الروثه

[1] المحكى عن جمله من الأصحاب أنّ فى استئصال الروثه من الأنف نصف الديه كما عن الشيخين وابن حمزه والعلامه وقد نسب هذا القول فى كشف اللثام إلى الأكثر والشهيد الثانى فى المسالک إلى المشهور(1).

ويستدلّ على ذلک بما فى كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام فى الأنف، قال:

1- (1) حكاه النجفى فى جواهر الكلام 43 : 195 ، وانظر المقنعه : 776 ، والنهايه : 776 ، الوسيله : 447 ، إرشاد الأذهان 2 : 237 ، كشف اللثام 2

: 499 (الطبعه القديمه)، المسالک 15 : 409.

وفی أحد المنخرین نصف الدیه، لأنّه إذهاب نصف المنفعه، وهو اختیاره فی المبسوط[1].

الشَرح:

«فإن قطع روثه الأنف وهی طرفه فدیته خمسمئه دینار وإن أنفذت فیه نافذه لا تنسد بسهم أو رمح فدیته ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وإن کانت نافذه فبرأت والتأمت فدیتها خمس دیه (روثه) الأنف مئتا دینار فما أُصیب منه فعلی حساب ذلک، وإن کانت نافذه فی إحدی المنخرین إلی الخیشوم وهو الحاجز بین المنخرین فدیتها عشر دیه روثه الأنف خمسون دیناراً؛ لأنّه النصف، وإن کانت نافذه فی إحدی المنخرین أو الخیشوم إلی المنخر الآخر فدیتها سته وستون دیناراً وثلثا دینار»(1).

وقد وقع الخلاف فی بیان المراد من الروثه فقد فسّرها الماتن قدس سره بأنّها الحاجز بین المنخرین ولکن فی الصحیحه المتقدّمه قوله علیه صلوات اللّه وسلامه: وإن کانت نافذه فی إحدی المنخرین إلی الخیشوم، وأن الحاجز بینهما هو الخیشوم ویؤید ذلک أنّ ما فی روایه الکلینی قدس سره من تفسیر روثه الأنف بطرفه(2) هو المراد من الروثه وهو الطرف الذی یقطر منه دم الرعاف، ولعلّ هذا هو المراد من قول جماعه(3)، أنّهما مجمع المارن.

وظاهر الشهید قدس سره أنّ فی الروثه بالمعنی المذکور ثلث الدیه لا نصفها لأنّ الأنف له ثلاثه أجزاء فیقسم الدیه علیها(4).

دیه أحد المنخرین

[1] إذا قطع من الأنف أحد المنخرین یثبت نصف الدیه عند الشیخ قدس سره علی ما

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 293 ، الباب 4 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
2- (2) الکافی 7 : 330 - 331 ، الحدیث 2.

3- (3) منهم ابن بابويه فى من لا يحضره الفقيه 4 : 81 ، وفخر المحققين فى إيضاح الفوائد 4 : 688.
4- (4) مسالک الأفهام 15 : 409.

وفی روایه غیاث عن أبی جعفر علیه السلام ، عن أبیه علیه السلام ، عن علی علیه السلام : ثلث الدیه. وکذا فی روایه عبدالرحمن العرزمی، عن أبی جعفر عن أبیه علیهماالسلام ، وفی الروایه ضعف، غیر أن العمل بمضمونها أشبه.

الشَرح:

فی مبسوطه وقد علّل ذلک بأنّ مع قطعه یذهب نصف المنفعه ونصف الجمال فیکون فیه نصف الدیه(1) لا محاله.

ویضاف إلی ذلک ما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان وصحیحه هشام بن سالم کلّ ما فی الإنسان اثنان ففیهما الدیه وفی أحدهما نصفها(2) کما فی الأُولی من الصحیحتین.

وفیه أنّ الأنف یعدّ فی الإنسان وغیره عضواً واحداً لا أنّه عضوان.

وأمّا التعلیل المذکور فهو کماتری فإنّ قطع أحد المنخرین مع قطعهما معاً سیّان فی ذهاب الجمال وذهاب نصف المنفعه لا یعدّ ذهاب العضو.

ودعوی الإجماع علیه أو نسبته إلی مذهبنا(3) أیضاً کماتری فإنّه قد یقال کما عن جماعه بل المحکی(4) عن ابن زهره الإجماع علی أنّ فیه ربع الدیه(5)، وهذا أیضاً لا دلیل علیه ولعلّهم حسبوا الأنف أربعه أجزاء.

وقد ذکر الماتن أنّ فی روایه غیاث دیته ثلث الدیه وقد روی فی الوسائل عن الشیخ باسناده، عن محمّد بن أحمد بن یحیی، عن العباس بن معروف، عن الحسن بن محمّد بن یحیی، عن غیاث، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام أنّه قضی

1- (1) المبسوط 7 : 131.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 283 و287 ، الباب الأوّل من أبواب دیات الاعضاء، الحدیث 1 و12.
3- (3) المبسوط 7 : 131.
4- (4) حکاه ابن فهد فی المهذب البارع 5 : 318.
5- (5) غنیه النزوع : 417.

الرابع: الأُذنان وفيهما الديه. وفى كلّ واحده نصف الديه[1].

الشَرح:

فى شحمه الأُذن بثلث ديه الأُذن وفى الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع، وفى كلّ جانب من الأنف ثلث ديه الأنف(1).

ولا يخفى أنّ السند فى نسخه التهذيب(2) أيضاً كذلک إلاّ أنّ فيه اشتباهاً، والصحيح العباس بن معروف، عن الحسن، عن محمّد بن يحيى، عن غياث؛ لتعدد روايات العباس بن معروف عن الحسن بن محبوب، ومحمّد بن يحيى هو الخزار الذى يروى عن غياث روايات متعدّده، وغياث بن إبراهيم لا بأس به.

ويستفاد ذلک من روايه عبدالرّحمن العرزمى عن جعفر، عن أبيه عليهماالسلام أيضاً أنّه جعل فى السن السوداء ثلث ديتها وفى العين القائمه إذا طمست ثلث ديتها وفى شحمه الأُذن ثلث ديتها، وفى الرجل العرجاء ثلث ديتها وفى خشاش الأنف كلّ واحد ثلث الديه(3).

ولكن لضعف سندها تصلح للتأييد فقط ووجه ضعفها سنداً أنّه لم يثبت توثيق ليوسف بن الحارث ولا لمحمّد بن عبدالرحمن العرزمى.

نعم، أبوه عبدالرحمن بن محمّد العرزمى ثقه، وفى نسخه الوسائل التى عندى محمّد بن عبدالرحمن بن العرزمى، عن أبيه، عن عبدالرحمن وكلمه (عن) زائده، بل الصحيح عن أبيه عبدالرحمن.

ديه الأُذنين

[1] بلا خلاف يعرف ويشهد لذلک ما فى صحيحه هشام بن سالم: كلّ ما فى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 351 ، الباب 43 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) التهذيب 10 : 261 ، الحديث 67.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 351 ، الباب 43 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

وفى بعضها بحساب ديتها[1]

الشَرح:

الإنسان اثنان ففيهما الديه وفى أحدهما نصف الديه وما كان فيه واحد ففيه الديه(1). وصحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكسر ظهره، قال: «فيه الديه كامله وفى العينين الديه، وفى إحداهما نصف الديه، وفى الأُذنين الديه، وفى إحداهما نصف الديه»(2) الحديث.

وصحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الأنف إذا استؤصل جذعه الديه، وفى العين إذا فقئت نصف الديه، وفى الأُذن إذا قطعت نصف الديه. الحديث(3) إلى غير ذلک وما حكى(4) عن بعض المخالفين من أنّ فى قطعها الحكومه؛ لأنّ وجودهما جمال ولا يوجب قطعها انتفاء النفع كماترى.

[1] بلا خلاف يعرف ولعلّ المراد القطع من غير الشحمه ويستدلّ على ذلک بما فى كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام فى الأُذنين إذا قطعت إحداهما فديتها خمسمئه دينار، وما قطع منها فبحساب ذلک(5).

ولكن فى موثقه سماعه، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل الواحده نصف الديه، والأُذن نصف الديه إذا قطعها من أصلها، وإذا قطع طرفها قيمه عدل. الحديث(6) ولا يبعد أن يكون المراد حساب القيمه بحسب ديتها فلا يختلف مع ما ورد فى كتاب ظريف.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 285 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.
4- (4) حكاه النجفى عن مالک فى جواهر الكلام 43 : 201 ، وانظر المدونه الكبرى 6 : 313 ، والمغنى (لابن قدامه) 9 : 593.

5- (5) وسائل الشيعه 29 : 296 ، الباب 7 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
6- (6) وسائل الشيعه 29 : 285 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 7.

وفی شحمتها ثلث دیتها[1]، علی روایه فیها ضعف، لکن یؤیّدها الشهره. قال بعض الأصحاب: وفی خرمها ثلث دیتها، وفسّره واحدٌ بخرم الشحمه، وبثلث دیه الشحمه.

الشَرح:

دیه شحمه الأُذن

[1] قالوا فی شحمه الأُذن ثلث دیتها وذکر الماتن قدس سره أنّ علی ذلک روایه فیها ضعف وقد ورد ذلک فی ذیل روایه غیاث، عن جعفر، عن أبیه، عن علی رحمه الله أنّه قضی فی شحمه الأُذن بثلث دیه الأُذن، وفی الإصبع الزائده ثلث دیه الإصبع وفی کلّ جانب من الأنف ثلث دیه الأنف(1). کما ورد ذلک فی روایه عبدالرحمن العرزمی وتقدّم أنّ روایه غیاث معتبره وروایه عبدالرحمن صالحه للتأیید.

ومثلها فی التایید روایه مسمع، عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ علیاً علیه السلام قضی فی شحمه الأُذن ثلث دیه الأُذن(2). وفی المحکی(3) عن الخلاف أنّ فی شحمه الأُذن ثلث دیه الأُذن وکذلک فی خرمها بدلیل إجماع الفرقه وأخبارها(4).

ومراد الماتن من قوله: وفسّره واحد بخرم الشحمه وإنّ فی خرمها ثلث دیه الشحمه هو ابن ادریس(5).

وعن الریاض أنه أجود لأجمال عبارات الأصحاب والروایات(6) التی یستدلّ بها لحکم المقام کقوله صلوات اللّه وسلامه علیه فی کتاب ظریف: وفی قرحه لا تبرأ

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 351 ، الباب 43 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 297 ، الباب 7 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 2.
3- (3) حکاه الحلی فی الأشباه والنظائر : 151.

4- (4) الخلاف 5 : 234 ، المسأله 19.
5- (5) السرائر 3 : 382.
6- (6) رياض المسائل 2: 544 - 545 (الطبعه القديمه).

....

الشَرح:

ثلث دیه ذلک العضو الذی هی فیه(1).

ویؤید بما ورد فی خبر مسمع، عن أبی عبداللّه علیه السلام أنّ أمیر المؤمنین علیه السلام قضی فی خرم الأنف ثلث دیه الأنف(2). بناءً علی عدم الفرق بین خرم الأنف والأُذن.

ویستدلّ علی ذلک أیضاً بروایه معاویه بن عمار، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی کلّ فتق ثلث الدیه»(3).

ولکن ما فی کتاب ظریف مبنی علی روایه الشیخ(4).

وأمّا فی روایه الکلینی: وفی قرحه لا تبرأ ثلث دیه العظم الذی هو فیه(5).

ولکن المناسب ما فی التهذیب حیث إنّ تصحیح معنی ما فی الکافی یحتاج إلی تکلّف بعید، ولو لم یظهر ذلک فاللازم الرجوع إلی الحکومه فإنّ روایه مسمع ضعیفه وارده فی خرم الأنف، ومدلول روایه معاویه بن عمار مع ضعفها ثلث دیه النفس کما هو ظاهر إطلاق (الدیه) المحلّی باللام ولا یمکن الالتزام بذلک فی غیر مثل فتق الأُنثیین الذی موردها.

وعلی الجمله کون الدیه فی خرم الأُذن ثلث دیه الأُذن فی صوره عدم برئه تأمّل ولا یبعد الحکومه.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 301 ، الباب 11 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 393 ، الباب 4 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 2.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 337 ، الباب 32 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
4- (4) التهذیب 10 : 295 ، الحدیث 26.
5- (5) الکافی 7 : 335 ، ذیل الحدیث 10.

الخامس: الشفتان وفيهما الديه إجماعاً. وفى تقدير ديه كلّ واحدهٍ خلافٌ.

قال فى المبسوط: فى العليا الثلث وفى السفلى الثلثان، وهو خيره المفيد رحمه الله .

وفى الخلاف: فى العليا أربعمئه وفى السفلى ستمئه، وهى روايه أبى جميله عن أبان عن أبى عبداللّه عليه السلام . وذكره ظريف فى كتابه أيضاً[1]،

الشَرح:

ديه الشفتين

[1] لا خلاف فى أنّ الديه فى قطعهما معاً تمام ديه النفس.

ويدلّ عليه صحيحه هشام بن سالم وعبداللّه بن سنان فى أنّ كلّ ما فى الجسد اثنان ففيهما الديه(1). وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الرجل يكسر ظهره قال: فيه الديه إلى أن قال وفى الشفتين الديه(2). وما فى كتاب ظريف الذى عرضه يونس على الرضا عليه السلام وكان فيه: فى ذهاب السمع كلّه ألف دينار إلى أن قال والشفتين إذا استؤصلا ألف دينار(3). هذا فيما إذا قطعا معاً:

وأمّا إذا قطع أحدهما ففى الديه خلاف بين الأصحاب:

الأوّل: ما اختاره المفيد عليه السلام ، والشيخ فى المبسوط(4) وجماعه(5) أُخرى من أنّ الديه فى العليا الثلث وفى السفلى الثلثان.

الثانى: ما اختاره جمع(6) من أنّ الديه فى العليا أربعمئه وفى السفلى ستمئه.

الثالث: ما عن بعضٍ(7) من أنّ الديه فى العليا النصف وفى السفلى ثلثا الديه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 و287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 1 و12.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 283 - 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
4- (4) المقنعه: 755 ، المبسوط 7 : 132.
5- (5) منهم ابوالصلاح فى الكافى فى الفقه: 398 ، وسلاّر فى المراسم: 246.
6- (6) منهم الصدوق فى المقنع: 511 ، والشيخ فى النهايه: 766 ، والعلامه فى المختلف 9 : 370.
7- (7) حكاه العلاّمه عن ابن الجنيد فى مختلف الشيعه 9 : 369 ، ونقله المحقق عن ابن بابويه فى المختصر النافع: 300.

....

الشَرح:

والرابع: أنّهما سيّان فى الديه وظاهر المصنف والمحكى(1) عن النافع اختيار هذا القول.

ولا يعرف لما ذكره المفيد قدس سره إلاّ أنّ السفلى لها نفع فى الأكل والشرب فيتعدّد نفعها بخلاف العليا فإنّها تنفع فى الأكل فتقسط الديه على حسب المنافع.

ولكن لا يخفى أنّه على تقديره لا يقتضى خروج العضو عن اثنين والديه على العضو.

وأمّا القول الثانى وارد فى روايه أبان بن تغلب، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الشفه السفلى سته آلاف درهم، وفى العليا أربعه آلاف؛ لأنّ السفلى تمسک الماء»(2).

وفى سند هذه الروايه أبو جميله مفضّل بن صالح وهو ضعيف جداً، ولا مجال لدعوى الإجماع أو انجبار ضعفها بعمل المشهور؛ لأنّ المسأله خلافيه على ما ذكرنا.

وما فى روايه الماتن من أنّه ذكر ظريف فى كتابه غير تام فإنّ المذكور فى كتاب ظريف أنّ فى العليا نصف الديه وفى السفلى الثلثين، وهذا يطابق للقول الثالث، ولكن هذا التحديد أيضاً وإن ورد فى كتاب ظريف إلاّ أنّه لا يمكن الالتزام به؛ لأنّ موثقه سماعه تعارضها حيث ورد فيها: والشفتان العليا والسفلى سواء فى الديه(3)، حيث إنّ ظاهرها التسويه فى مقدار الديه لا فى أصل الديه كما حملها الشيخ على

1- (1) حكاه السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج 2 : 285 ، وحكاه المحقق عن ابن أبى عقيل وقوّاه فى المختصر النافع: 300.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 294 ، الباب 5 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 286 - 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 10.

وفی أبی جمیله ضعف[1].

وقال ابن بابویه: وهو مأثور عن ظریف أیضاً، فی العلیا نصف الدیه وفی السفلی الثلثان، وهو نادر، وفیه مع ندوره زیاده لا معنی لها.

وقال ابن أبی عقیل: هما سواء فی الدیه، استناداً إلی قولهم علیهم السلام «کلّ ما فی الجسد منه اثنان ففیه نصف الدیه» وهذا حسن. وفی قطع بعضها بنسبه مساحتها.

وحدّ الشفه السفلی عرضاً، ما تجافی عن اللثه مع طول الفم. والعلیا ما تجافی عن اللثه متّصلاً بالمنخرین والحاجز مع طول الفم. ولیس حاشیه الشدقین منهما.

الشَرح:

التسویه فی أصل الدیه لا فی مقدارها(1): فإنّه لو کان المراد ذلک لم یکن حاجه إلی ذکر السواء حتّی یوجب الاختلال فی الظهور بل کان الوارد الشفتین فیهما الدیه.

مع أنّ ما فی کتاب ظریف بعید من جهه أُخری وهو أنّه إذا ثبت فی قطع الشفتین، الدیه فکیف یثبت فیما قطعهما فی واقعتین أزید من الدیه بأن قطع فی إحداهما العلیا وفی الأُخری السفلی إلاّ أن یراد بشرط عدم لحوق قطع الأُخری أو ما إذا کان القطع من آخر، وقد تقدّم أنّ قول الرضا علیه السلام فی عرضه علیه: «نعم، هو حق»(2) ناظر إلی کونه صواباً بحسب النقل عن علی علیه السلام لا أنّه ما نقل بحسب المضمون مطابق للحکم الواقعی بحیث لم یصدر منه شیء برعایه التقیّه أو نحوها.

الأقوال فی دیه الشفه

[1] والحاصل أنّ فی المسأله أی فی تقدیر دیه الشفه العلیا والشفه السفلی أربعه أقوال:

الأوّل: أنّ دیه قطع العلیا ثلث الدیه ودیه قطع السفلی الثلثان وهذا هو

1- (1) التهذيب 10 : 246 ، ذيل الحديث 8.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 290 ، الباب 2 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.

....

الشَرح:

المنسوب إلى الشيخ فى المبسوط(1) ومحكى عنه الإجماع عليه.

والقول الثانى: ذكره فى الخلاف(2) وهو أن فى الشفه العليا خمسين من الديه وفى السفلى ثلاثه أخماس فيكون ديه العليا أربعمئه دينار والسفلى ستمئه دينار، وهذا التحديد ورد فى روايه أبان بن تغلب(3) وفى سندها أبو جميله وهو ضعيف جدّاً.

والقول الثالث: ما قاله ابن بابويه(4) وهو أنّ ديه العليا نصف الديه والسفلى ثلثى الديه فيلزم على هذا القول أنّه لو قطعهما يكون ديتها الديه الكامله وسدسها، وهذا القول كما ذكر الماتن مع ندوره زياده لا معنى لها.

والقول الرابع: ما قال به أبو عقيل(5) من أنّهما سواء فى الديه ويكون فى قطع كلّ منهما نصف الديه، ويدلّ عليه ما فى صحيحه هشام بن سالم: من أنّ كلّ ما فى الجسد اثنان ففيهما الديه وفى واحد منهما نصف الديه(6) ويدلّ عليه أيضاً ما تقدّم فى موثقه سماعه من أنّ الشفتين العليا والسفلى سواء فى الديه(7).

وما تقدّم أنّ مقتضى المستند المعتمد فى الأقوال هو الالتزام بالقول الرابع.

وما ذكر الماتن قدس سره ما إذا قطع الشفه العليا أو السفلى بالاستئصال.

وأمّا إذا قطع بعض من إحداهما أو كلتاهما فتعيّن الديه بملاحظه النسبه كما فى

1- (1) المبسوط 7 : 132.
2- (2) الخلاف 3 : 238 ، المسأله 30.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 294 ، الباب 5 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
4- (4) حكاه المحقق عنه فى المختصر النافع: 300.

5- (5) حكاه المحقق عنه فى المختصر النافع: 300.
6- (6) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.
7- (7) وسائل الشيعه 29 : 286 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 10.

ولو تقلَّصت[1]، قال الشيخ: فيه ديتها والأقرب الحكومه ولو استرختا فثلثا الديه.

(السادس): اللسان وفى استئصال الصحيح الديه[2]. وفى لسان الأخرس ثلث الديه. وفيما قطع من لسان الأخرس بحسابه مساحةً.

الشَرح:

غير الشفه ممّا تقدّم كالأُذن، وقد ورد ذلک فى كتاب ظريف من قوله عليه السلام : وما قطع منها فبحساب ذلک(1).

ثمّ فسّر الماتن قدس سره الشفله العليا بما يتباعد عن اللثه عن الضحک ونحوه. ويتّصل بالمنخرين والحاجز بينهما فى طول الفم، كما فسّر الشفه بما تجافى أى تباعد عن اللثه مع طول الفم وذكر أنّ حاشيه الشدقين ليس من الشفتين وكأنّ الشدقين جانبا الفم متّصلين بالوجه.

وفى الجنايه على حاشيه الشدقين الحكومه على ما تقدّم من أنّه مقتضى عدم تعيّين الديه فى أى مورد.

[1] ذكر قدس سره ولو تقلّصت الشفه أى جمعت بالجنايه وصارت كالیابسه ففى قول الشيخ قدس سره (2) أنّ ديته ديه استئصال الشفه لذهاب نفعها وصارت تالفه، ولكن الأرجح الرجوع إلى الحكومه، كما أنّه لو جنى عليه فى شفته وصارت مسترخاه التى من الشلل ففيه ثلثا ديه الشفه على ما تقدّم من أنّ الجنايه على عضو الموجبه لشلله، فيه ثلثا ديه العضو، وحيث إنّ التقلّص لم يرد فيه تعيين الديه يرجع إلى الحكومه.

ديه اللسان

[2] لا خلاف بينهم فى أنّ ديه اللسان الصحيح، الديه الكامله ويقتضيه ما دلّ

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 294 ، الباب 5 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) المبسوط 7 : 132.

أمّا الصحيح فيعتبر بحروف المعجم، وهى ثمانيه وعشرون حرفاً. وفى روايه تسعه وعشرون حرفاً وهى مطرحه. وتبسط الديه على الحروف بالسويه، ويؤخذ نصيب مايعدم منها. ويتساوى اللسنيه وغيرها ثقيلها وخفيفها. ولو ذهبت أجمع، وجبت الديه كامله.

الشَرح:

على أنّ كلّ ما فى جسد الإنسان واحد ففيه الديه(1).

وموثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: وفى اللسان إذا قطع الديه كامله(2). وما فى الصحيحه عن كتاب ظريف: واللسان إذا استؤصل ألف دينار(3). كما أنه إذا قطع لسان الأخرس يكون فيه ثلث الديه كما يدلّ عليه صحيحه بريد بن معاويه، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «فى لسان الأخرس وعين الأعمى وذكر الخصى وأُنثييه ثلث الديه»(4).

نعم، فى صحيحه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: سأله بعض آل زراره عن رجل قطع لسان رجل أخرس؟ فقال: إن كان ولدته أُمّه وهو أخرس فعليه ثلث الديه وإن كان لسانه ذهب به وجع أو آفه بعد ما كان يتكلّم فإنّ على الذى قطع لسانه ثلث ديه لسانه، قال: وكذلک القضاء فى العينين والجوارح، قال: وهكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام (5) ولكن لم يثبت صحّه نقل: «فعليه الديه» المروى عن الفقيه(6)، بل المروى أيضاً ثلث الديه، والتفرقه فى الروايه بالتفصيل فى التعرض لما كان خرسه أصلياً أو عارضياً لا تدلّ على صحّه نقل الاختلاف فى الديه بين الصورتين، بل لعلّ

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 285 - 286 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 7.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

5- (5) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
6- (6) نقله عنه فى كشف اللثام 2 : 498 ، وانظر من لا يحضره الفقيه 4 : 148 ، الحديث 5328.

....

الشَرح:

التعرّض كذلک لبيان عدم الفرق بين الصورتين ولا يكون للوهم فى الاختلاف مورد.

هذا فيما إذا قطع الكلّ، وأمّا إذا قطع بعض لسان الأخرس فيكون ديته بحساب مساحه المقطوع من مساحه اللسان على ما تقدّم فى نظائره.

هذا بالإضافه إلى ما قطع من لسان الأخرس.

وأمّا بالإضافه إلى قطع بعض لسان الصحيح ففيه أقوال:

الأوّل: وهو المنسوب إلى المشهور أن يكون حساب ديته بلحاظ ذهاب منفعته.

الثانى: وهو المنسوب إلى الأردبيلى قدس سره (1) أن يكون ذهاب مقدار المساحه.

الثالث: كما عن الشهيد الثانى(2) أكثر الأمرين من ديه المساحه وذهاب المنفعه.

الرابع: أن يكون مجموع الديتين كما احتمله الأردبيلى وقوّاه فى الرياض(3).

ويستدلّ على القول الأوّل بموثقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قلت له: رجل ضرب لغلام ضربه فقطع بعض لسانه فأفصح ببعض ولم يفصح ببعض، فقال: يقرأ المعجم فما أفصح به طرح من الديه وما لم يفصح به ألزم الديه، قال: قلت له: كيف هو؟ قال: على حساب الجمل: ألف ديته واحد، والباء ديتها اثنان، والجيم ثلاثه. الحديث(4) وظاهرها أنّ تعيين ديه المقطوع بحساب ما ذهب من المجنى عليه من التكلّم.

1- (1) مجمع الفائده والبرهان 14 : 377.

2- (2) مسالک الأفهام 15 : 417.
3- (3) رياض المسائل 2 : 546 (الطبعه القديمه).
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 360 ، الباب 2 من أبواب ديات المنافع، الحديث 7.

....

الشَرح:

وقد يقال إنّ ما ورد فى الروايات من تحديد الديه بمقدار ذهاب منفعه اللسان لم يرد فيها قطع شىء من العضو أو قطعه، والمراد ممّا فى هذه الموثقه من القطع إتلاف بعض التكلّم لا قطع بعض العضو.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر هذا الموثّقه هو فصل بعض نفس العضو حيث فرّع ذهاب بعض التكلّم على قطع بعض لسانه، وتحديد ديه ذهاب بعض العضو بذهاب بعض التكلّم مقتضاه أنّ فى قطع بعض العضو ديه واحده يتعيّن بمقدار ذهاب التكلّم.

نعم، لو كان قطعه بحيث لم يضرّ بتكلّمه يتعيّن تقسيط الديه الكامله على أجزاء العضو بحسب المساحه؛ لأقتضاء الحكومه ذلک على ما تقدّم فى قطع بعض لسان الأخرس.

ثمّ إنّه لا تنحصر منفعه اللسان بالتكلّم فإنّه يكون واسطه فى إيصال الطعام من داخل الفم إلى الحلق بعد المضغ وغير ذلک، إلاّ أنّ المعيار فى حساب ديه قطعه لا بتمامه حساب ذهاب التكلّم بالحروف، وظاهر الموثّقه عدم الفرق بين الحروف الخارجه من اللسان والحلق وغيرها وبلا فرق بين ثقيلها وخفيفها ولو ذهبت بقطع البعض، جميعها تلزم الديه الكامله.

ولو قطع ربع اللسان فذهب نصف التكلّم بالحروف تكون ديته، نصف الديه الكامله وهكذا، وكيفيه تقسيم الديه على الحروف وإن ورد فى ذيل الموثّقه ولكنّها غير صحيحه قطعاً فإنّها لا تنطبق لا بالدنانير ولا بالدراهم حيث يزيد إذا قسّط بالدنانير ويقلّ إذا قسّط بالدراهم واحتملوا أنّ الحساب الوارد فيه من الراوى لا بالنقل عن الإمام.

بل ما ورد فى معتبره السكونى أنّ الديه سواء كانت بالدراهم أو بالدنانير تقسط

ولو صار سريع المنطق أو ازداد سرعةً، أو كان ثقيلاً فزاد ثقلاً فلا تقدير فيه[1]، وفيه الحكومه، وكذا لو نقص، فصار ينقل الحرف الفاسد إلى الصحيح.

الشَرح:

على ثمانيه وعشرين حرفاً حيث روى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال أُتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل ضرب فذهب بعض كلامه وبقى البعض فجعل ديته على حروف المعجم ثمّ قال: تكلّم بالمعجم فما نقص من كلامه فبحساب ذلک والمعجم ثمانيه وعشرون حرفاً، فجعل ثمانيه وعشرين جزءاً فما نقص من كلامه فبحساب ذلک(1).

ولكن فى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا على رأسه فثقل لسانه، فقال: «يعرض عليه حروف المعجم فما أفصح منه به، ومالم يفصح به كان عليه الديه وهى تسعه وعشرون حرفاً»(2) ولكن فى روايه الصدوق باسناده عن البزنطى، عن عبداللّه بن سنان، قال: ثمانيه وعشرون(3) ورواها الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد، عن حماد بن عيسى، عن عبداللّه بن سنان وهى تسعه وعشرون حرفاً(4). ولو فرض التعارض والتساقط يكون المعيار على تسعه وعشرين؛ لأنّه الأقل والزائد يدفع بأصاله البراءه.

ذهاب سرعه النطق أو ثقله

[1] حاصل ما ذكر قدس سره من أنّ تقدير الديه بحسب ذهاب الحروف فيما إذا كان القطع موجباً لذهابها جمله أو بعضاً، وأمّا إذا لم يكن القطع موجباً لذهابها، بل كان المجنى عليه قبل ذلک سريع النطق فصار نطقه بعد الجنايه أسرع، أو كان ثقيل النطق وبعدها كان نطقه أثقل فبما أنّه لا تقدير للديه فى الفرض تصل النوبه إلى الحكومه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 360 ، الباب 2 من أبواب ديات المنافع، الحديث 6.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 358 ، الباب 2 من أبواب ديات المنافع، الحديث 2.
3- (3) من لا يحضره الفقيه 4 : 112 ، الحديث 5222.
4- (4) التهذيب 10 : 263 ، الحديث 73.

ولا اعتبار بقدر المقطوع من الصحيح[1]، بل الاعتبار بما يذهب من الحروف. فلو قطع نصفه فذهب ربع الحروف، فربع الديه. وكذا لو قطع ربع لسانه، فذهب نصف كلامه، فنصف الديه.

ولو جنى آخر، اُعتبر[2] بما بقى، وأُخذ بنسبه ما ذهب بعد جنايه الأوّل. ولو أعدم واحدٌ كلامه، ثمّ قطعه آخر، كان على الأوّل الديه وعلى الثانى الثلث.

الشَرح:

أقول: إن أُريد هذا الحدوث فى صوره قطع شىء من اللسان فالظاهر أنّ المراد من الحكومه تقدير الديه على المساحه، وإن كان بغير القطع فالتقدير بما يراه الحاكم وألحق الماتن قدس سره بمورد الحكومه ما إذا كان قبل الجنايه يتلفّظ بحرف غلطاً، بأن كان يشبه الراء الملفوظ الغين مضطربه وبعد الجنايه عليه يبدّل الراء إلى حرف آخر صحيح، فإنّه فى هذا لم يكن له التلفّظ بالراء من الأوّل فلا يكون فى تبديل الراء إلى حرف صحيح آخر ديه؛ لأنّه لم ينقص عنه الراء بالجنايه فلابد من أن يكون الرجوع إلى الحكومه.

الاعتبار بما يذهب من الحروف لا القدر المقطوع

[1] قد تقدّم أنّه إذا قطع شيئاً من لسانه الصحيح وبقطعه ذهب عنه بعض الحروف يكون المعيار فى تقدير الديه مقدار الحروف الذاهبه بالقطع لا مقدار القطع من مساحه اللسان، فلو قطع نصف اللسان فذهب عنه ربع الحروف يكون ديته ربع ديه النفس، وإن قطع ربع لسانه فذهب نصف الحروف من كلامه فنصف الديه.

نعم إذا قطع من لسانه شىء فذهب عنه بعض الحروف المتداوله فى لغته لا من الحروف الثمانيه عشر فالمرجع الحكومه كما تقدّم فى تبديل الغلط من الحرف إلى حرف صحيح آخر.

لو جنى عليه شخصان

[2] لو جنى عليه فذهب بجنايته بعض الحروف ثمّ جنى عليه شخص آخر

ص :165

ولو قطع لسان الطفل، كان فيه الديه،[1] لأنّ الأصل السلامه. أمّا لو بلغ حداً، ينطق مثله ولم ينطق، ففيه ثلث الديه لغلبه الظن بالآفه. ولو نطق بعد ذلک، تبينا الصحيحه، واعتبر بعد ذلک بالحروف، وأُلزم الجانى ما نقص عن الجميع، فإن كان بقدر ما أُخذ وإلاّ تمم له.

الشَرح:

فتقدير الديه فى الجنايه الثانيه بمقدار ذهاب الحروف الباقيه له بعد الجنايه الأُولى بالإضافه إلى الديه الكامله المنبسطه على تمام حروف ثمانيه وعشرين، فإن ذهب بالجنايه الثانيه ربع تمام الحروف يكون على الجانى ربع الديه الكامله.

ديه لسان الطفل

[1] وذلک لإطلاق ما ورد فى كتاب ظريف: واللسان إذا استؤصل ألف دينار(1). الخارج عن ذلک لسان الأخرس حيث إنّه ورد فى صحيحه بريد بن معاويه، عن أبى جعفر قال: «فى لسان الأخرس وعين الأعمى وذكر الخصى وأُنثييه ثلث الديه»(2) ومقتضى أصاله الصحه التى تقدّم اعتبارها عند الشّک فى الصحّه عدم كونه داخلاً فى عنوان الأخرس.

نعم، إذا بلغ حدّاً ينطق مثله ولم ينطق مع الوثوق والعلم بعدم تمكّنه من النطق ولو فيما بعد يجرى عليه حكم الأخرس، ولكن لو نطق ولو بعد مدّه تبيّن الصحّه وحينئذ يعيّن ديته بمقدار ذهاب الحروف التى لا يتمكّن من النطق بها.

ولكن لا يخفى أنّ هذا فيما كان القطع من غير استئصال.

وأمّا إذا كان بنحو الاستئصال يتعيّن تمام الديه من غير فرق بين الصغير والكبير والتحديد فى تقدير الديه بحسب مقدار ذهاب الحروف إنّما هو فيما إذا كان

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

ولو ادّعى الصحيح ذهاب نطقه عند الجنايه، صدق مع القسامه لتعذّر البيّنه. [1] وفى روايه يضرب لسانه بإبره، فإن خرج الدم أسود صدق وإن خرج أحمر كذب.

الشَرح:

المقطوع بعض اللسان كما هو ظاهر موثقه سماعه حيث إنّ المفروض فى السؤال فيها رجل ضرب غلاماً ضربه فقطع بعض لسانه فأفصح ببعض ولم يفصح ببعض(1).

لو ادّعى ذهاب نطقه بالجنايه

[1] يظهر ممّا ذكر الماتن أنّ المجنى عليه فى الفرض يحسب مدّعياً بالإضافه إلى ذهاب النطق فعليه إثبات دعواه، حيث إنّ المتيقّن ثبوت ديه الأخرس كلاًّ أو بعضاً ولكن بما أنّه يتعذّر عليه إقامه البيّنه على دعواه يثبتها بالقسامه، فإنّ الجنايه توجب اللوث على ما تقدّم فى ثبوت الدعوى بالقسامه.

ولكنّ الصحيح على ما ذكرنا سابقاً من أنّ قوله: مطابق لأصاله السلامه ومقتضى أصالتها كونه مدعى عليه، فالجانى هو المدّعى بأنّه لم يكن متمكّناً من التكلّم قبل الجنايه فعليه إثباته وإلاّ فيحلف المجنى عليه على تمكّنه ويستحقّ ديه الصحيح، وقد ورد فيما رواه الشيخ باسناده عن على بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمد بن الوليد، عن محمد بن الفرات، عن الأصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه يضرب بلسانه بإبره فإن خرج الدم أحمر فقد كذب، وإن خرج الدم أسود فقد صدق(2). والروايه ضعيفه غير معمول بها فلا موجب لرفع اليد عمّا ذكرنا فإنّ محمّد بن الفرات ضعيف، ومحمّد بن الوليد مشترک وروايتهما عن الأصبغ مرسله.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 359 ، الباب 2 من أبواب ديات المنافع، الحديث 4.
2- (2) التهذيب 10 : 268 ، الحديث 86.

ولو جنى على لسانه فذهب كلامه، ثم عاد، هل تستعاد الديه؟ قال فى المبسوط: نعم، لأنّه لو ذهب لما عاد. وقال فى الخلاف: لا، وهو الأشبه[1].

أمّا لو قلع سن المثغر، فأخذ ديتها ثمّ عادت، لم تستعد ديتها، لأنّ الثانيه غير الأُولى. وكذا لو اتّفق أنّه قطع لسانه فأنبته اللّه تعالى، لأنّ العاده لم تقضِ بعوده، فيكون هبه.

ولو كان للّسان طرفان، فأذهب أحدهما، اعتبر بالحروف، فإن نطق بالجميع فلا ديه، وفيه الأرش لأنّه زياده.

الشَرح:

لو عاد ما جنى عليه

[1] ظاهر الماتن قدس سره أنّه اختار عدم استعاده الديه؛ لأنّ ذهاب الكلام يوجب استحقاق الديه والاستعاده تحتاج إلى دليل كما علّل الشيخ قدس سره عدم جواز الاستعاده بذلک فى الخلاف(1).

ولكن لا يخفى أنّه لابدّ من التفصيل فى المسأله بأنّه إذا كان العود كاشفاً عن كون ذهاب كلامه أمراً عارضيّاً وأنّ قابليّته على التكلّم لم تنعدم بالجنايه المفروضه فتستعاد الديه؛ لأنّ ظاهر ما ورد من ثبوت الديه بذهاب كلامه، هو الذهاب حقيقه لا ما إذا كان أثر الجنايه أمراً عارضاً فارتفع.

وفى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا ضرب الرجل على رأسه فثقل لسانه عرضت عليه حروف المعجم فما لم يفصح به منها يؤدّى بقدر ذلک من المعجم، يقام أصل الديه على المعجم كلّه يعطى بحساب ما لم يفصح به منها(2). ونحوها غيرها.

1- (1) الخلاف 5 : 242 ، المسأله 37.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 359 ، الباب 2 من أبواب ديات المنافع، الحديث 5.

(السابع): الأسنان وفيها الديه كامله[1]. وتُقسَّم على ثمانيه وعشرين سناً. اثنى عشر فى مقدّم الفم، وهى ثنيّتان ورباعيّتان ونابان، ومثلها من أسفل. وسته عشر فى مؤخّره وهى: ضاحک وثلاثه أضراس من كلّ جانب، ومثلها من أسفل.

ففى المقاديم ستّمئه دينار، حصّه كلّ سنّ خمسون ديناراً. وفى المآخر أربعمئه دينار، حصّه كلّ ضرس خمسه وعشرون ديناراً.

الشَرح:

نعم، إذا كان العود بحيث كان ذهاب القابليه حقيقه لاتستعاد الديه؛ لأنّ العود هبه جديده ويعلم ذلک بتشخيص أهل الخبره، ولا فرق فى ذلک بين كون الذهاب فى بعض كلامه أو كلّه.

كما أنّ الظاهر عدم الفرق بين أن تكون الجنايه بقطع بعض لسانه أو بجنايه أُخرى.

نعم، لو كان قطع البعض بحيث عاد كلامه بعود المقدار المقطوع ولم يكن هذا العود أمراً متعارفاً وعادياً فلا يبعد عدم جواز الاستعاده وحساب العود هبه جديده من اللّه ومثل ذلک عود السنّ من المثغر بعد قلعها.

ثمّ فى صوره عود الكلام وكشفه أنّه لم يذهب حقيقه، تعلّق على الجانى الأرش كما فى سائر الجنايه التى لم يعيّن فيها الديه.

ومن ذلک يظهر أنّه لو كان اللسان ذا طرفين كالمشقوق فقطع أحدهما دون الآخر فإن نطق بجميع الحروف فلا ديه مقدّره ويكون فيه الأرش يعنى الحكومه، وإن أوجب انقطاع تكلّمه ببعض الحروف تعيّن الديه بحساب الحروف التى لم يتمكّن من الإفصاح بها.

ديه الأسنان

[1] بلا خلاف معروف قديماً وحديثاً، ويدلّ على ذلک صحيحه محمّد بن قيس التى رواها فى الفقيه باسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال: قضى فى

ص :169

....

الشَرح:

الأسنان التى تقسّم عليها الديه أنّها ثمانيه وعشرون سنّاً، ستّه عشر فى مواخير الفم واثنا عشر في مقاديمه فديه كلّ سنّ من المقاديم إذا كسر حتّى يذهب خمسون ديناراً فيكون ذلک ستّمئه دينار، وديه كلّ سنّ من المواخير إذا كسر حتّى يذهب على النصف من ديه المقاديم خمسه وعشرون ديناراً، فيكون ذلک أربعمئه دينار فذلک ألف دينار، فما نقص فلا ديه له، وما زاد فلا ديه له(1).

ويدلّ أيضاً على ثبوت الديه الكامله فى ذهاب الأسنان روايه العلاء بن الفضيل، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فيها: «وفى أسنان الرجل الديه تامه»(2).

كما يدلّ على التقسيط الوارد فى صحيحه محمّد بن قيس روايه الحكم بن عتيبه، قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام إنّ بعض الناس فى فيه اثنان وثلاثون سنّاً، وبعضهم له ثمانيه وعشرون سنّاً، فعلى كم تقسّم ديه الأسنان؟ فقال: الخلقه إنّما هى ثمانيه وعشرون سنّاً اثنتا عشره فى مقاديم الفم وستّ عشره فى مواخيره، فعلى هذا قسّمت ديه الأسنان فديه كلّ سنّ من المقاديم إذا كسرت حتّى تذهب خمسمئه درهم، فديتها كلّها ستّه آلاف درهم، وفى كلّ سنّ من المواخير إذا كسرت حتّى تذهب فإنّ ديتها مئتان وخمسون درهماً وهى ستّه عشر سنّاً فديتها كلّها أربعه آلاف درهم فجميع ديه المقاديم والمواخير من الأسنان عشره آلاف درهم وإنّما وضعت الديه على هذا فما زاد على ثمانيه وعشرين سنّاً فلا ديه له وما نقص فلا ديه له هكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام (3).

والروايتان لضعف سندهما قابلتان لتأييد الحكم المستفاد من صحيحه

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 136 ، الحديث 5300.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 286 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 8.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 343 ، الباب 38 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

....

الشَرح:

محمد بن قيس المتقدّمه.

ولكن فى مقابلها روايات ظاهرها خلاف ما ذكر:

منها ما ورد فى كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: فى الأسنان فى كلّ سنّ خمسون ديناراً والأسنان كلّها سواء كان قبل ذلک يقضى فى الثنيّه خمسون ديناراً، وفى الرباعيه أربعون ديناراً، وفى الناب ثلاثون ديناراً، وفى الضرس خمسه وعشرون ديناراً(1).

ولا يمكن حمل المعتبره على التسويه فى أسنان من المقاديم فيما بينها؛ لأنّ قوله: وفى الضرس خمسه وعشرين، ينافى هذا الحمل كما لا يخفى.

وأصرح منها فى التسويه روايه على بن أبى حمزه(2).

وكذا صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: الأسنان كلّها سواء فى كلّ سنّ خمسمئه درهم(3).

وموثقه سماعه قال: سألته عن الأسنان؟ فقال: «هى سواء فى الديه»(4).

والمتعيّن حمل هذه الأخبار على التقيّه لكون الأسنان سواء فى الديه وأنّ الديه فيها فى كلّ سنّ خمسون ديناراً، مذهب العامّه.

أضف إلى ذلک أنّ تقسيط الديه على الأسنان يوجب أن تكون ديتها جميعاً، أزيد من ديه النفس يعنى ألف وأربعمئه دينار وهذا أمر لا يحتمل.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 297 ، الباب 8 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 344 ، الباب 38 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 6.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 344 ، الباب 38 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 344 ، الباب 38 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.

وتستوى البيضاء والسوداء خلقه. وكذا الصفراء[1] وإن جنى عليها.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : «الأسنان إحدى وثلاثون ثغره فى كلّ ثغره ثلاثه أبعره وخمس بعير»(1) ولازم ذلک أن تكون ديتها أقل من ديه النفس مع أنّ مدلولها خلاف الوجدان فإنّ الثغره فى مابين السنّين من الأسنان ثلاثين وإن أراد منها موضع السّن وهو اثنان وثلاثون.

لا فرق بين السن البيضاء وغيرها

[1] ظاهر الماتن قدس سره التفرقه بين السّن التى صارت سوداء بالجنايه وبين الصفره التى صارت عليها بالجنايه، وأن استواء السّن السوداء مع البيضاء فى الديه فيما إذا كانت سوداء بحسب الخلقه، وأمّا إذا صارت بالجنايه فلا يكون فى قلعه أو كسره الديه الأصليّه للسنّ، بخلاف السّن الصفراء فإنّ ديتها تساوى ديه البيضاء حتّى فيما كانت صفرتها بالجنايه.

وعلّل ذلک فى المبسوط(2) أنّها يعنى الصفره بالجنايه تكون المقلوعه أو المكسوره تماماً سنّاً من المقاديم أو المواخير تكون بهما على الجانى ديتها كالإصبع إذا لحقها شين بالجنايه يكون فى قطعها تمام ديه الإصبع، كما يكون على من صيّرها صفراء بالجنايه الأرش كما هو الحال فى الجانى على الإصبع حيث أوجد فيها شيناً.

ولكن لا يخفى أنّ هذا الكلام بعينه يجرى فى الجنايه على السنّ حيث صيّرها سوداء، ومقتضى الإطلاق فى كسر السنّ حتّى يذهب أو قلعها عدم الفرق فى ثبوت الديه الكامله.

نعم، التفرقه بين السوداء خلقةً وما إذا صارت عليهابالجنايه صحيح، ولكنّ

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 344 ، الباب 38 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.
2- (2) المبسوط 7 : 141.

....

الشَرح:

المستند صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبي عبداللّه عليه السلام قال: «السّن إذا ضربت انتظر بها سنه فإن وقعت أُغرم الضارب خمسمئه درهم وإن لم تقع واسودّت أُغرم ثلثى الديه»(1).

وهذه الصحيحه وإن كانت مطلقه من حيث كونها من المقاديم أو المواخير فإن سقطت إلى سنه تكون ديتها خمسمئه درهم إلاّ أنّها تحمل على المقاديم بقرينه ما تقدّم، وبما أنّه لا يحتمل التفرقه بين اسوداد المقاديم أو المواخير يكون فى اسوداد المواخير أيضاً ثلثا ديه المواخير، كما يستفاد من هذه الصحيحه أنّ فى الجنايه على السنّ السوداء بقلعه أو كسره تماماً ثلث ديه السنّ كما يأتى؛ لأنّ ديه العضو لا تزيد على مجموع الثلث والثلثين.

ولكن يعارضها صحيحه ظريف، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: وفى الأسنان فى كلّ سنّ خمسون ديناراً إلى أن قال : فإذا اسودّت السّن إلى الحول ولم تسقط فديتها ديه الساقطه خمسون ديناراً(2).

ولا يخفى أنّ تعارضهما فى الثلث الآخر من الديه وبعد تساقطهما فيه يرجع إلى الأصل العملى، ومقتضاه البراءه عن الزائد عن الثلثين وليس دلالتهما على وجوب الثلث الآخر وعدم لزومه من قبيل المدلول الالتزامى لمدلولهما المطابقى، بل من قبيل تعارض المدلول التضمّنى لإحداهما مع المدلول الالتزامى للآخر.

ومثلها مرسله أبان، عن بعض أصحابه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «إذا اسودّت الثنيه جعل فيها الديه»(3) مع أنّها ضعيفه سنداً

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 298 ، الباب 8 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 297 ، الباب 8 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 298 ، الباب 8 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

وليس للزائده ديه إن قلعت منضمّه إلى البواقى. وفيها ثلث ديه الأصلى، لو قلعت منفرده وقيل: فيها الحكومه، والأوّل أظهر[1].

الشَرح:

وقابله للحمل على الثلثين بخلاف ما عن كتاب ظريف.

وأمّا ما أشّرنا إليه من أنّه إذا قلع السّن السوداء أو كسر تماماً يكون عليه ثلث الديه فلما ذكرناه من الوجه.

فقد يقال إنّه وجه استحسانى والوارد فى روايه عجلان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى ديه السنّ الأسود ربع ديه السنّ»(1) وهذه الروايه وإن كانت ضعيفه سنداً إلاّ أنّ فى المروى عن كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام : «فإن سقطت بعد وهى سوداء فديتها اثنا عشر ديناراً ونصف دينار»(2).

ولكن فى المروى عن الفقيه: «وإن سقطت بعد وهى سوداء فديتها خمسه وعشرون ديناراً»(3) وبما أنّ روايه عجلان ضعيفه والمروى عن كتاب ظريف مجمل مردّد بين كون الديه ربعاً أو نصفاً يؤخذ بالربع ويدفع الزائد بالأصل فتكون النتيجه ثبوت الربع.

ليس للزائده ديه إن قلعت مع البواقى

[1] والوجه فى كونه أظهر، ما ورد فى أنّ فى قطع الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع الأصليه ويتعدّى منه إلى المقام؛ لأنّ المستفاد منه حكم ديه العضو الزائد، وقد ورد فى موثّقه غياث بن إبراهيم، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الإصبع الزائده إذا قطعت ثلث ديه الصحيحه(4). وقد ورد فى الأصابع أيضاً أنّ الديه تقسّط على عشره

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 349 ، الباب 40 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 297 - 298 ، الباب 8 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

3- (3) من لا يحضره الفقيه 4 : 83 ، الحديث 5150.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 345 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

ولو اسودّت بالجنايه ولم تسقط فثلثا ديتها[1]، وفيها بعد الاسوداد الثلث، على الأشهر.

الشَرح:

أصابع فما زاد أو نقص فلا ديه له(1). مقتضى ذلک أنّه إذا قلعت مع سائر الأسنان الأصليه فلا ديه له وإذا انضمت إلى بعضها فلا يبعد أن يرجع إلى الأرش فإنّ فى الأوّل لا تكون ديتها أزيد من ديه النفس بخلاف الثانيه، ومقتضى الجمع أنّ الإصبع الزائده إذا قطعت منضمّه إلى الأصابع الأصليه فلا ديه له، وإذا قطعت منفرده تكون ديتها ثلث ديه الإصبع الأصليه ويأتى الكلام فى ذلک.

وعلى كلّ، ففى التعدّى منه إلى المقام إشكال حيث إنّه ليس فى ما ورد فى الإصبع الزائده عموم أو إطلاق ودعوى العلم بعدم الخصوصيه للإصبع الزائده كماترى فالوجه أنّ السّن الزائده إذا قلعت أو كسرت يرجع فيها إلى الحكومه على ما تقدّم من أنّ ذلک مقتضى القاعده الأوّليه بعد عدّ الجرح جنايه.

لو اسودّت بالجنايه

[1] قد تقدّم أنّه ورد فى صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «السّن إذا ضربت انتظر بها سنه فإن وقعت أُغرم الضارب خمسمئه درهم وإن لم تقع واسودّت أُغرم ثلثى الديه»(2).

وقد ذكرنا أنّه ربّما يستفاد منها ديه السنّ التى صارت سوداء إذا قلعت أو كسرت، ثلث الديه الصحيحه، وفى الاستفاده تأمّل وغايه ما يمكن هو القول بأنّ المستفاد منها أنّه لا تكون ديه السوداء أزيد من الثلث حيث يزيد على ديه الأصليه، وأمّا إنّها الثلث فلا ومقتضى ما تقدّم أنّ ديتها الربع فراجع.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 345 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 298 ، الباب 8 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.

وفى انصداعها ولم يسقط، ثلثا[1] ديتها، وفى الروايه ضعف، والحكومه أشبه.

والديه فى المقلوعه مع سنخها، وهو الثابت منها فى اللثه. ولو كسر ما برز عن اللثه[2]، فيه تردّد. والأقرب أنّ فيه ديه السن. ولو كسر الظاهر عن اللثه، ثمّ قلع الآخر السنخ، فعلى الأوّل ديه وعلى الثانى حكومه.

الشَرح:

لو انصدعت ولم تسقط

[1] وذلک فإنّ انصداعها يعتبر من الشلل حيث إنّ شللها تقلقلها وعدم استقرارها وديه شلل العضو ثلثا ديته، وهذا أى ثبوت ثلثى الديه وارد فى كلما تهم وذكر الماتن قدس سره وفى الروايه ضعف والحكومه أشبه، واستظهر منها وجود روايه فى انصداع السنّ وقد نوقش فى وجود روايه فيه، وعلى تقدير وجودها لم يحرز دلالتها على ذلک حيث إنّ قول الماتن: وفى الروايه ضعف، يشمل ضعف دلالتها أيضاً ولا مجال لدعوى انجبار الضعف بفتوى المشهور لاحتمال استنادهم إلى ما تقدّم من إدخال انصداع السنّ فى شلل العضو، فإن أحرز دخولها فيه كما إذا لم يكن للسنّ المنصدع نفع إلاّ حفظ الجمال فهو، وإلاّ كونه شللاً غير ظاهر فيكون الرجوع إلى الحكومه متعيّناً.

لو كسر ما برز عن اللثه

[2] لا مجال للتفرقه بين قلع السّن أى إذهابها حتّى بالإضافه إلى مقدار النابت المستور فى اللثه وبين كسر مقدار البارز منها من اللثه فى مساواه الديه حيث ورد فى قضايا على عليه السلام التى رواها الصدوق بسند صحيح: قضى فى الأسنان التى تقسّم عليها الديه أنّها ثمانيه وعشرون سنّاً، سته عشر من مواخير الفم واثنا عشر فى مقاديمه، فديه كلّ سنّ من المقاديم إذا كسر حتّى يذهب خمسون ديناراً(1). وما ورد فى

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 136 ، الحديث 5300.

وينتظر بسن الصغير، فإن نبت لزم الأَرش، وإن لم ينبت فديه سن المثغر[1].

الشَرح:

الأسنان فى كلّ سنّ خمسون يشمل الأُولى منها صوره كسرها والثانيه صوره قلعها حتّى مقدار النابت فياللثه، وعلى ذلک فإن كسر من جنايه مقدار البارز من اللثه ثمّ قلع بجنايه أُخرى مقدار الباقى من اللثه يكون على الأوّل الديه كامله وعلى الثانى الأرش؛ لكونه مورد الحكومه كما ذكر الماتن فى قوله: فعلى من كسر الظاهر من اللثه الديه وعلى قالع السنخ الحكومه.

سنّ الصغير

[1] ويستدلّ على ذلک بمرسله جميل، عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليهم السلام فى سنّ الصبى يضربها الرجل فتسقط ثمّ تنبت، قال: ليس عليه قصاص وعليه الأرش(1). وظاهرها نفى ديه السنّ إذا نبت السّن موضعها ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أن يكون ذلک قبل أن يصير مثغراً أو بعده.

ولكن مقتضى ظاهر كلام الماتن وقوع الجنايه قبل أن يصير مثغراً وإن كان الكلام فى ذلک الصبى فلا يبعد ما ذكره الماتن؛ لانصراف ما ورد فى ديه السّن إلى السّن من المثغر ولا أقل من سنّ الصبى قبل أن يصير مثغراً ونبتت بعد ذلک.

وأمّا إذا كان النبات أمراً اتفاقياً لكونه مثغراً فالظاهر الديه فإنّ الروايه ضعيفه بإرسالها ولم يعملوا أيضاً بإطلاقها.

وعن جماعه من أنّ ديه سنّ الصبى قبل أن يثغر بعير ولم يفصّلوا بين أن تنبت ثانياً أم لا، واستناداً إلى روايه السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّ أمير المؤنين عليه السلام قضى فى سنّ الصبى إذا لم يثغر ببعير(2). وروايه مسمع، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إنّ

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 337 ، الباب 33 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 338 ، الباب 33 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

ومن الأصحاب من قال: فيها بعيرٌ ولم يفصِّل، وفى الروايه ضعف. ولو أنبت الإنسان فى موضع المقلوعه عظماً فثبت، فقلعه قالع قال الشيخ: لا ديه[1]، ويقوى أنّ فيه الأرش، لأنّه يستصحب ألماً وشيناً.

(الثامن): العنق وفيه إذا كُسِرَ، فصار الإنسان أصور، الديه[2]. وكذا لو جنى عليه بما يمنع الازدراد. ولو زال فلا ديه، وفيه الأرش.

الشَرح:

علياً عليه السلام قضى فى سنّ الصبى قبل أن يثغر بعيراً فى كلّ سنّ(1).

ولكنّهما ضعيفتان سنداً؛ لأنّ الشيخ(2) روى روايه السكونى بسنده إلى النوفلى وسنده إليه ضعيف وفى سند روايه مسمع سهل بن زياد وابن شمون والأصم وكلّهم ضعفاء.

[1] والوجه فى عدم الديه ظاهر لانصراف ما ورد فى ديه السنّ عن المفروض، وأمّا الأرش فهو يثبت فى موارد صدق الجنايه التى لم يرد فيها ديه مقدره.

ديه العنق

[2] المراد من الأصور أن يكون الإنسان بالجنايه عليه مائل العنق، سواء كان ذلک بالكسر أو بغيره، والماتن عليه السلام وإن ذكر الكسر إلاّ أنّه الحقّ ما لم يكن كسره به؛ لأنّ المدرک لهذا الحكم روايه مسمع بن عبد الملک ولم يرد فيها خصوصيّه الكسر حيث روى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : فى القلب إذا أُرعد فطار الديه، وقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : فى الصعر الديه، والصعر أن يثنى عنقه فيصير فى ناحيه(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 338 ، الباب 33 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) التهذيب 10 : 261 ، الحديث 66.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 373 ، الباب 11 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

والروايه سنداً ضعيفه فإنّه فى سندها مضافاً إلى سهل، محمد بن الحسن بن شمون، عن عبداللّه بن عبدالرحمن الأصم وكلاهما ضعيفان.

وذكر فى الجواهر قدس سره ينجبر السند بما تقدّم(1) وهو دعوى نفى العلم بالخلاف ودعوى الشيخ الإجماع فى الخلاف(2).

ولكن لا يخفى أنّ دعوى عدم عرفان الخلاف بين أصحابنا لا يدلّ على اتفاقهم على الحكم فى المسائل التى لم يذكر فى جمله من كتب الأصحاب، ودعوى الإجماعات فى خلاف الشيخ أمرها معروف.

ومع ذلک ورد فى المعتبره من كتاب ظريف: «وفى صدغ الرجل إذا أُصيب فلم يستطع أن يلتفت إلاّ إذا انحرف الرجل نصف الديه خمسمئه دينار فما كان دون ذلک فبحسابه»(3).

وأيضاً فيه بعد بيان ديه موضّحه الصدر والكتفين والظهر: «وإن اعترى الرجل من ذلک صعر لا يستطيع أن يلتفت فديته خمسمئه دينار»(4).

قال فى الجواهر(5) بعد نقل ذلک: إلاّ أنّى لم أجد عاملاً بما فى كتاب ظريف من أصحابنا كالقول بالحكومه المحكى(6) عن الشافعى وأضاف إلى ذلک دعوى الإجمال فى ما ورد فيه من: «صدع الرجل إذا أُصيب فلم يستطع أن يلتفت إلاّ إذا

1- (1) جواهر الكلام 43 : 243.
2- (2) الخلاف 5 : 253 - 254 ، المسأله 62.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 283 - 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
5- (5) جواهر الكلام 43 : 243.
6- (6) حكاه الفاضل الهندى فى كشف اللثام 2 : 507 (الطبعه القديمه).

....

الشَرح:

انحرف الرجل»(1) بدعوى أنّه كما يحتمل كون صدغ بالعين المعجمه مضافاً إلى الرجل بالراء المفتوحه والجيم المضمومه، كذلک يحتمل أن يكون بالعين المهمله والرجل بالراء المكسوره والجيم الساكنه، بأن يكون المراد إذا وقعت الصدع على رجل إنسان فلم يتمكّن من الالتفات ما لم يحوّل رجله يكون فى ذلک خمسمئه دينار ديه الرجل، وفيه مضافاً إلى نقل الصدع بالعين المعجمه، أنّه إن كان الوارد صدع الرجل فى مقابل اليد للزم أن يقال وفى صدع الرجل إذا أُصيبت بالتأنيث مع أنّ الوارد (إذا أُصيب) والضمير يرجع إلى المجنى عليه.

وكيف كان، ففى صعر العنق إذا كان بحيث لا يتمكّن من الالتفات معه يلتزم بخمسمئه دينار وإلاّ فبمجرّد ميل الوجه إلى أحد الجانبين لا يوجب إلاّ الرجوع إلى الحكومه.

لا يقال: إنّ ما ورد فى أنّ كلّ ما فى البدن واحد ففيه الديه كامله مقتضاه الالتزام بما ذكر فى الجواهر.

فإنّه يقال: ظاهره قلعه وإفساده لا الجنايه عليه بالكسر ونحوه؛ ولذا لم يتمسّک فى المقام إلاّ بروايه مسمع وكذا فى سائر الجنايه بالكسر ونحوه على سائر الأعضاء.

وألحق الماتن وغيره بالصعر الجنايه على العنق بما يمنع من ازدراد سواء مات الشخص بذلک أو عاش ولو بتناول المائعات، ويستفاد ذلک ممّا ذكروا فى الجنايه بذهاب الذوق حيث إنّ مقتضاه بالفحوى ثبوت الديه كامله بذهاب منفعه الازدراد الذى أعظم من ذهاب الذوق بمراتب.

أقول: لا يبعد أنّه إذا لم يمكنه الازدراد يعدّ هذا فساداً للعضو، ولكن إذا زال كلّ

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 - 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

(التاسع): اللحيان وهما العظمان اللذان يُقال لملتقاهما الذقن، ويتّصل طرف كلّ واحد منهما بالإذن، وفيهما الديه لو قلعا منفردين عن الأسنان[1] كلحيى الطفل، أو من لا أسنان له. ولو قلعا مع الأسنان فديتان. وفى نقصان المضغ مع الجنايه عليهما، أو تصلّبهما، الأرش.

الشَرح:

من الصعر وأمكن الازدراد، يرجع إلى الحكومه للقاعده المشارإليها فى أنّ كلّ جنايه لم يرد فيها ديه يرجع إلى الأرش والحكومه.

ديه اللحيين

[1] بلا خلاف يعرف من أصحابنا ويشهد لذلک ما ورد فى أنّ ما فى الجسد اثنان وفى واحده منهما نصف الديه وما كان واحداً ففيه الديه.

كما يدلّ على ذلک، العموم المزبور الوارد فى صحيحه عبداللّه بن سنان(1)، وصحيحه هشام بن سالم قال: كلّ ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه وفى إحداهما نصف الديه، وما كان فيه واحد ففيه الديه. رواها الصدوق(2) بإسناده عن هشام بن سالم عن أبى عبداللّه عليه السلام.

بل لو لم يكن فى البين إلاّ روايه الشيخ باسناده التى هى مضمره فلا يضرّ الإضمار من هشام بن سالم، وقيّدوا الأصحاب ما ذكر من نصف الديه والديه بما إذا كان قلعهما منفردين عن الأسنان كما فى لحيى الطفل ومن سقطت أسنانه لكبر أو مرض أو قلع قبل ذلک.

وأمّا إذا كان مع الأسنان فللأسنان أيضاً ديه بحسب عدد الأسنان وأوصافها؛ وذلک فإنّ ما ورد من الديه فى الأسنان يعمّ ما كان إزالتها بكسرها أو بقلعها أو بجنايه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 133 ، الحديث 5288.

(العاشر): اليدان وفيهما الديه، وفى كلّ واحده نصف الديه، وحدّهما المعصم. فلو قطعت مع الأصابع، فديه اليد خمسمئه دينار. ولو قطعت الأصابع منفرده فديه الأصابع خمسمئه دينار، ولو قطع معها شىء من الزند، ففى اليد خمسمئه دينار، وفى الزائده الحكومه. ولو قُطِعَت من المرفق أو المنكب قال فيالمبسوط: عندنا فيه مقدّر، محيلاً على التهذيب[1].

الشَرح:

أُخرى، ولا يجرى فيها ما يأتى فى زوال الأصابع بقطع اليد من الكوع أى الزند أو بإزاله الكفّ بقطع اليد من المرفق ونحوها.

ديه اليدين

[1] لا ينبغى التأمّل فى أنّ قطع اليد من الزند يوجب نصف الديه إذا كان المقطوع يد واحده وديه النفس إذا قطعتا جميعاً من الزند، ولا فرق بين اليمنى واليسرى وإن كانت اليمنى فى غالب الأشخاص أقوى وأنفع من اليسرى، كما لا فرق بين من لم يكن له إلاّ يد واحده أو كان له يدان، بلا فرق بين كون من له يد واحده خلقه أو بالعارض من آفه أو جنايه أو للجهاد فى سبيل اللّه، وإلحاقه بالجنايه على الأعور مطلقاً أو إذا ذهبت إحدى يديه فى سبيل اللّه قياس لا اعتبار به.

وقد حدّد الماتن قدس سره اليد بالمعصم المراد منه الكوع أى الزند مفصل ما بين الكفّ والساعد يعنى الذراع تبعاً لغيره.

وفرّع على ذلک أنّه لو قطعت اليد مع الأصابع فليس إلاّ ديه اليد وهى خمسمئه دينار، وعلى ذلک فتاوى الأصحاب بخلاف ما إذا قطعت الأصابع منفرده فإنّ فى قطع أصابع يد واحده نصف الديه، وفى أصابع كلتاهما تمام الديه وقالوا فى وجه ذلک إنّ ما ورد فى قطع يد واحده نصف الديه وفى كلتاهما تمام الديه مقتضى إطلاقها كون الحكم كذلک مع ثبوت الأصابع كما هو الغالب فلا يكون لذهاب الأصابع فى قطع اليد ضمان ديه أُخرى.

....

الشَرح:

وما ذكروه صحيح بالنظر إلى الخطابات الشرعيّه الوارده فى الروايات فى الجنايه على اليد وفى الجنايه على الأصابع.

ثمّ ذكر الماتن تبعاً لجماعه(1) أنّه لو قطع مع اليد المحدّد بالمعصم الشى من الزند تثبت ديه اليد؛ لأنّ لليد ديه فى الشرع، ولكن بما أنّ المقدار المقطوع من الزند لم يرد فيه الديه فيرجع فيه إلى الحكومه.

ولكن لا يخفى أنّ القطع من شىء من الزند إن لم يكن قطعاً لليد فلا موجب لضمان الكف حيث يكون ذهاب الكفّ تبعاً كذهاب الأصابع بقطع الكف من الزند، وحيث إنّ قطع شىء من الزند لا ديه مقدّره له فيرجع إلى الحكومه كما هو مقتضى تحديد اليد بالمعصم، وأمّا لو بنى على أنّ اليد لو قطع من المرفق أو من المنكب لا يكون فى البين إلاّ ديه يد واحده فإنّ اليد لا ينحصر إطلاقها على المحدود بالمعصم، بل يصدق عليه وعلى المرفق إلى رؤوس الأصابع وعلى العضد من المنكب إلى رؤوسها فلا يكون فى البين إلاّ ضمان ديه يد واحده وأبعاض الذراع وحصول القطع منها لا يوجب غير ضمان ديه اليد، غايه الأمر لا يقتصّ من هذه الجنايه؛ لأنّ رعايه المماثله فى الاقتصاص يمنع عن ذلک على ما تقدّم فى شرائط القصاص فينتقل الأمر إلى الديه.

وهذا بخلاف ما قطع من المرفق أو من المنكب فيمكن فيه رعايه المماثله فى الاقتصاص؛ ولذا يجرى على ذلک جواز الاقتصاص إذا كانت الجنايه عمديه، وإذا لم يكن للمجنى عليه الكفّ بل خصوص الذراع إلى المنكب أو خصوص العضد إلى المنكب فوقع الجنايه عليه فيمكن أن يقال الحكم فى مثل ذلک الحكومه؛ لأنّ مع عدم الكفّ لا يقال على الذراع أو على العضد يد، بل لو قيل بأنّ الذراع أيضاً يد

1- (1) ذكر هم النجفى فى جواهر الكلام 43 : 246.

ولو كان له يدان على زند، ففيهما الديه وحكومه، لأنّ إحداهما زائده[1].

وتُميّز الأصليه: بانفرادها بالبطش، أو كونها أشدّ بطشاً. فإن تساويا فإحداهما زائده فى الجمله. ولو قطعهما ففى الأصليّه الديه، وفى الزائده حكومه. وقال فى المبسوط: ثلث ديه الأصليه، ولعلّه تشبيه بالسّن والإصبع، فالأقرب الأرش. ويظهر لى فى الذراعين الديه، وكذا فى العضدين، وفى كلّ واحده نصف الديه.

الشَرح:

فشرط المماثله فى القصاص مفقود.

وعلى أى تقدير، فالظاهر ثبوت خمسمئه دينار فى قطع الذراعين والظاهر أنّ ما قال فى المبسوط عندنا فيه مقدّر(1) محيلاً على التهذيب(2)، أراد ما ذكرنا من أنّ ما ورد فى ديه اليد وأنّها خمسمئه دينار يعمّ ما إذا قطع من الزند أو من المرفق أو من الكفّ فإذاوقع القطع بأى نحو من الأنحاء الثلاثه تثبت خمسمئه دينار، سواء صولح القصاص بالديه أو كان الثابت فى مورد الجنايه الديه.

فى اليد الزائده

[1] تاره تكون اليد الزائده زائده من المفصل أى الزند بحيث يمكن قطع اليد الأصليه دون الزائده، ففى هذا الفرض الحكم كما ذكروا من ثبوت الديه فى اليد الأصليه والحكومه فى الزائده إذا قطعت أيضاً.

وأمّا إذا كانت الزائده متّصله بالكف الأصليه فهى كالإصبع الزائده فيما إذا قطعت اليد من الزند فذهبت الأصابع بالتبع حيث لا تثبت إلاّ ديه اليد الأصليه وظاهر الأصحاب كظاهر الماتن الفرض الأوّل حيث قال: لو كان له يدان على زند.

وتمتاز اليد الأصليه فى هذا الفرض عن الزائده التى لا تقدير فى ديتها،

1- (1) المبسوط 7 : 143. وفيه: وعندنا أنّ جميع ذلک فيه مقدّر ذكرناه فى تهذيب الأحكام.
2- (2) التهذيب 10 : 301 - 302.

(الحادى عشر): الأصابع وفى أصابع اليدين الديه. وكذا فى أصابع الرجلين، وفى كلّ واحده عُشر الديه[1]. وقيل: فى الإبهام ثلث الديه، وفى الأربع البواقى الثلثان بالسويه. وديه كلّ إصبع مقسومه على ثلاث أنامل بالسويه، عدا الإبهام فإنّ ديتها مقسومه بالسويه على اثنين. وفى الإصبع الزائده ثلث الأصليّه. وفى شلل كلّ واحده ثلثا ديتها، وفى قطعها بعد الشلل الثلث. وكذا لو كان الشلل خِلقةً.

الشَرح:

بانفرادها بالبطش والقوه أو أنّها أشدّ بطشاً كما هو ظاهر عند العرف.

وأمّا إذا تساويتا فى البطش والقوه بحيث لا تمتاز إحداهما عن الأُخرى فإن قطعهما للعلم بأنّ اليد الأصليه هما اليدان اليمنى واليسرى، فتكون زياده إحداهما أى خروجها عن تقدير الديه محرزه، ففى النتيجه تثبت خمسمئه وحكومه فيقطعهما من الرجل ومن المرأه نصف ديه اليد من الرجل والحكومه بحيث لا تزيد على ديه يدها الأصليّه.

وقد ظهر الحكم فى صوره قطع إحداهما دون الأُخرى فى فرض امتياز اليد الأصليّه، وأمّا فى صوره اشتباهها وقطع إحداهما فالظاهر الاكتفاء بالحكومه لأصاله براءه ذمه الجانى عن الاشتغال بالزائد.

ديه الأصابع

[1] ما ذكره قدس سره من أنّ الديه فى كلّ من أصابع اليدين والرجلين عشر الديه هو المنسوب إلى المشهور من أصحابنا(1)، وعن جماعه كالشيخ فى الخلاف وابن حمزه فى الوسيله(2) فى أنّ بين الإبهام وسائر الأصابع فرقاً ويثبت فى قطع الإبهام ثلث ديه اليد وفى ديه الأربعه الباقيه سواء فى كلّ منها سدس ديه اليد أى تكون ديه الأربعه الباقيه ثلثى ديه اليد.

1- (1) نسبه الشهيد الثانى فى المسالک 15 : 428.
2- (2) الخلاف 5 : 248 ، المسأله 50 ، والوسيله: 452.

....

الشَرح:

ويدلّ على الأوّل روايات:

منها صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الإصبع عشر الديه إذا قطعت من أصلها أو شلّت، وقال: وسألته عن الأصابع أهنّ سواء فى الديه؟ قال: نعم(1).

وصحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبدا للّه عليه السلام ، قال: أصابع اليدين والرجلين سواء فى الديه فى كلّ إصبع عشر من الإبل(2).

وموثقه سماعه قال: سألته عن الأصابع هل لبعضها على بعض فضل فى الديه؟ قال: «هنّ سواء فى الديه»(3) إلى غير ذلک.

وفى معتبره ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام : فى ديه الأصابع والقصب التي فى الكفّ ففى الإبهام إذا قطع ثلث ديه اليد مئه دينار وسته وستون ديناراً وثلثا دينار (32 166) إلى أن قال: وفى الأصابع فى كلّ إصبع سدس ديه اليد(4). وظاهرها أنّ ثلث ديه اليد للإبهام وثلثيها للأربع الباقيه.

وعلى ذلک تقع المعارضه بين المعتبره والروايات المتقدّمه المؤيده بغيرها، ومن الظاهر أنّ الشهره فى الروايه التى تكون مرجّحه لأحد المتعارضين على الآخر أو معيّنه للحجّه عن اللاحجّه لا تجرى فى المقام، وإنّما الثابت فى المقام الشهره فى العمل وهذه الشهره ليست من المرجّحات.

ويبقى فى البين الترجيح بمخالفه العامّه وظاهر كلام الشيخ فى الخلاف بل المحكى عن العامّه أنّهم يلتزمون بأنّ الديه فى كلّ إصبع عشر الديه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 346 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 346 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 347 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 6.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 302 - 303 ، الباب 12 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

قال فی الخلاف: الخلاف فی أصابع الرجلین مثل الخلاف فی أصابع الیدین فی تفضیل الإبهام عندنا وعند الفقهاء هی متساویه(1). وعلی ذلک فیحمل الروایات المتقدّمه علی التقیّه، وعلی ذلک فإن لم یمکن حمل الصحیحتین والموثّقه علی التقیّه یکون الطائفتان متعارضتین، فإن قطع الجانی تمام أصابع کفّ واحده فالدیه نصف دیه النفس بلا کلام فإنّه مقتضی الطائفتین، بل مقتضی ما ورد: کلّ ما فی الجسد اثنان ففی کلّ نصف الدیه(2).

وأمّا إذا قطع بعض الأصابع فیقتصر فی دیتها علی الأقل فإن کان إبهاماً فیقتصر علی خمس دیه الید، وإن کان غیرها یقتصر بسدس دیه الید کلّ ذلک لأصاله براءه الذمّه عن الزائد وإن جمع فی القطع بین الإبهام والإصبع یؤخذ خمسان من نصف الدیه؛ لأنّ الاشتغال بالزائد عن ذلک مدفوع بالأصل، ویؤید أنّها صدرت لرعایه التقیّه ما ورد فی صحیحه الحلبی المتقدّمه آنفاً عن أبی عبداللّه علیه السلام : فی الإصبع عشر الدیه إذا قطعت أو شلّت(3). وعشر الدیه فی الشلل مذهب العامه وعند أصحابنا کما ذکر الماتن قدس سره ثلثا دیه الإصبع.

وفی صحیحه الفضیل بن یسار المرویه فی الکافی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الذراع إذا ضرب فانکسر منه الزند؟ فقال: إذا یبست منه الکفّ فشلّت أصابع الکفّ کلّها فإنّ فیها ثلثی الدیه دیه الید، وإن شلّت بعض الأصابع وبقی بعض فإنّ فی کلّ إصبع شلّت ثلثی دیتها وکذلک الحکم فی الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(4).

1- (1) الخلاف 5 : 250 ، المسأله 54 . وانظر بدایه المجتهد 2 : 346 ، الشرح الکبیر 9 : 567 ، المجموع 9 : 106 ، الأم 6 : 80.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 346 ، الباب 39 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 3.
4- (4) الکافی 7 : 328 ، الحدیث 9.

....

الشَرح:

وعن الحلبى فى الكافى: أنّ ديه الإبهام ثلث ديه اليد وفى الأربع الباقيه كلّ إصبع ديتها عشر ديه اليد، هذا فى أصابع اليدين وأمّا فى أصابع الرجل ففى الجميع عشر الديه(1).

ولا يخفى ما فيه فإنّه إن أراد فى كلّ من الأربعه الباقيه عشر ديه يد واحده يكون المجموع أنقص من ديه يد واحده، وإن أراد عشر ديه اليدين فيزيد المجموع على ديه يد واحده، مضافاً إلى ما تقدّم من التسويه بين ديه اليدين والرجلين بالإضافه إلى أصابعهما وعن إبن زهره فى الغنيه(2) ديه الإبهام ثلث ديه اليد وفى الباقى فى كلّ عشر الديه بلا فرق بين أصابع اليد وأصابع الرجلين. ويردّه ما تقدّم من أنّ ذلک يوجب نقص ديه المجموع عن ديه واحده أو يزيد عليها.

وأمّا ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ ديه كلّ إصبع مقسومه على ثلاث أنامل بالسويه غير الإبهام فإنّ ديتها سواء قيل بأنّها عشر ديه النفس أو ثلث ديه يد واحده تقسم على اثنين بالسويه ويستدلّ على ذلک بمعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام كان يقضى فى كلّ مفصل من الإصبع بثلث عقل تلک الإصبع إلاّ الإبهام فإنّه كان يقضى فى مفصلها بنصف عقل تلک الإبهام؛ لأنّ لها مفصلين(3).

وظاهرها وإن كان كما ذكر الماتن وغيره، بل قيل لا خلاف فى الحكم إلاّ أنّ ما ورد فى كتاب ظريف: وديه المفصل الأوسط من الأصابع الأربع إذا قطع فديته خمسه وخمسون ديناراً وثلث دينار إلى أن قال: وفى المفصل الأعلى من الأصابع

1- (1) الكافى فى الفقه (للحلبى): 398.
2- (2) حكاه السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج 2 : 304 ، وانظر الغنيه: 418.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 350 ، الباب 42 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الأربع إذا قطع سبعه وعشرون ديناراً ونصف وربع ونصف عشر دينار(1). لا يساعد أن يكون ديه المفصل الأوسط ضعفى ديه المفصل الأولى وديه المفصل الأُولى يزيد عن نصف ضعفى المفصل الاوسط ويجمع بينهما أنّ التسويه الظاهره من المعتبره تقريبيه لا ينافى الاختلاف اليسير الوارد فى كتاب ظريف.

أقول: لا يمكن جعل تساوى ديه شلل اليدين مع ديه النفس قرينه على حمل تعيين عشر من الإبل وأنّ أصابع اليدين والقدمين متساويه فى الديه فى الصحيحتين والموثّقه على التقيّه، فإنّ كون ديه شلل اليدين تمام الديه وارد أيضاً فى كتاب ظريف ولو فرض أنّ الحكم المذكور فيها للتقيّه كما يأتى فلا يكون قرينه أو مؤيّده لكون الحكم فى مورد الكلام من تسويه الأصابع فى الديه الوارد فى الصحيحتين والموثّقه وغيرهما لرعايه التقيّه.

نعم، ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف(2) من أنّ التسويه مذهب الفقهاء ولكن التفصيل بين ديه الإبهام وسائر الأصابع مذهب أصحابنا.

وأمّا ما ذكره قدس سره من أنّ فى قطع الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع فقد ورد فى معتبره غياث بن إبراهيم، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الإصبع الزائده إذا قطعت ثلث ديه الصحيحه(3). وإطلاقها يعمّ ما إذا كان الإصبع الزائده من اليد أو الرجل.

والروايه معتبره سنداً فإنّ كلاًّ من محمّد بن يحيى الخزّاز الراوى لكتاب غياث بن إبراهيم، وغياث بن إبراهيم موثّق فلا مجال للمناقشه فيها سنداً إلاّ عند من يشترط الإيمان فى اعتبار الخبر.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 302 ، الباب 12 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) الخلاف 5 : 248 ، المسأله 50.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 345 - 346 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

....

الشَرح:

ويدلّ أيضاً على ذلک ما رواه الشيخ باسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى، عن العباس بن معروف، عن الحسن، عن محمد بن يحيى، عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام : أنّه قضى فى شحمه الأذن بثلث ديه الأذن، وفى الإصبع الزائده ثلث ديه الإصبع(1). الحديث، والروايه معتبره؛ لأنّ الحسن الذى يروى عنه العباس بن معروف وإن كان مردّداً بين ابن فضّال والحسن بن محبوب والحسن بن محمد الحضرمى وهم الذين يروى عنهم العباس بن معروف إلاّ أنّ كلّهم ثقات، وما فى نسخه الوسائل الحسن بن محمد بن يحيى(2) غلط؛ لأنّ الراوى عن غياث بن إبراهيم هو محمّد بن يحيى الخزاز (وهو بترى ثقه) لا الحسن بن محمّد بن يحيى فلفظه (بن) فى نسخه الوسائل مصحّف (عن).

وما ذكره قدس سره من أنّ فى شلل كلّ واحد من الأصابع ثلثى الديه وفى قطع الإصبع بعد شللها ثلث الديه يستفاد ممّا تقدّم من صحيحه الفضيل المتقدّمه حيث ورد فيها: فى كلّ إصبع شلّت ثلثى ديتها، قال: وكذلک الحكم فى الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(3).

وما ذكر قدس سره من أنّ فى قطع الإصبع بعد الشلل ثلث ديتها وهو ممّا لا خلاف فيه بين أصحابنا، يستفاد من روايه الحكم بن عتيبه، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ورد فى ذيلها: وكلّما كان من شلل فهو على الثلث من ديه الصحاح(4).

ومن صحيحه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال سأله بعض آل زراره عن رجل

1- (1) التهذيب 10 : 261 ، الحديث 67.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 351 ، الباب 43 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 347 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 345 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وفى الظِفر إذا لم ينبت عشره دنانير. وكذا لو نبت أسود. ولو نبت أبيض، كان فيه خمسه دنانير، وفى الروايه ضعف، غير أنّها مشهوره وفى روايه عبداللّه بن سنان فى الظفر خمسه دنانير[1].

الشَرح:

قطع لسان رجل أخرس؟ فقال: إن كان ولدته أُمّه وهو أخرس فعليه ثلث الديه، وإن كان لسانه ذهب به وجع أو آفه بعد ما كان يتكلّم فإنّ على الذى قطع لسانه ثلث ديه لسانه، قال: وكذلک القضاء فى العينين والجوارح، قال: وهكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام (1). وظاهر أنّ الجنايه على أىّ عضو مشلول ثلث ديه ذلک العضو إذا كان صحيحاً كما هو مقتضى قوله عليه السلام : وكذلک القضاء، الخ.

ديه الظفر

[1] المنسوب(2) إلى المشهور بين الأصحاب أنّ فى قطع الظفر وإزالته بلا فرق بين أظفار اليد والرجل تفصيلاً، بمعنى أنّه إذا لم تنبت الظفر أصلاً أو نبت أسود فديه كلّ ظفر عشره دنانير وأمّا إذا نبت أبيض فديته خسمه دنانير.

واستندوا فى ذلک إلى روايه مسمع، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الظفر إذا قطع ولم ينبت أو خرج أسود فاسداً عشره دنانير فإن خرج أبيض فخمسه دنانير»(3).

ولكن فى سندها مع الغمض عن سهل بن زياد، محمّد بن الحسن بن شمّون وعبداللّه بن عبدالرحمن الأصم وكلاهما ضعيفان؛ ولذا قال الماتن قدس سره فى سندها ضعف.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) نسبه الشهيد الثانى فى الروضه البهيه (شرح اللمعه) 10 : 230 ، والأردبيلى فى مجمع الفائده والبرهان 14 : 405.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 349 ، الباب 41 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

ومع ذلک یعارضها صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «فی الظفر خسمه دنانیر»(1).

وما عن المروی فی کتاب ظریف: فی کلّ ظفر من أظفار الید خمسه دنانیر(2)، ومن أظفار الرجل عشره دنانیر(3).

ولابد من رفع الید عن إطلاق صحیحه عبداللّه بن سنان بما ورد فی کتاب ظریف من حمل خمسه دنانیر علی أظفار الید، وأمّا اظفار الرجل وفی کلّ منها غیر الإبهام عشره دنانیر، وأمّا الإبهام فدیه ظفرها ثلاثون دیناراً حیث ورد ذلک فیما رواه الکلینی باسناده إلی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام وفی ظفره یعنی الإبهام ثلاثون دیناراً وذلک لأنّه ثلث دیه الرجل(4). حیث یرفع الید بذلک عمّا ورد فیه فی أظفار القدم من قوله: دیه کلّ ظفر عشره دنانیر. فتکون النتیجه أنّ فی أظفار القدم فی ظفر الإبهام ثلاثون، وفی کلّ من غیر الإبهام عشره، وأمّا أظفار الیدین وفی کلّ منها خمسه هذا مع قطع النظر عن روایه مسمع.

وقد یستشکل فیما ورد فی کتاب الظریف بأنّه لا یعمل به لعدم عامل به ولأنّ التعلیل الوارد فیه من قوله: «وذلک لأنّه ثلث دیه الرجل» غیر قابل للتصدیق حیث إنّ الثلثین لا یکون ثلث دیه الرجل.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 350 ، الباب 41 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 2.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 302 ، الباب 12 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل، قوله فی آخره: وفی ظفر کل إصبع منها خمسه دنانیر.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 308 ، الباب 17 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل، قوله فی آخره: ودیه کل ظفر عشره دنانیر.
4- (4) الکافی 7 : 341 ، ذیل الحدیث 11.

(الثانی عشر): الظهر وفیه إذا کُسِرَ الدیه کامله. وکذا لو أُصیب فاحدودب، أو صار بحیث لا یقدر علی القعود[1]. ولو صَلُح، کان فیه ثلث الدیه. الشَرح:

وأیضاً ما ورد فی کتاب ظریف من التفرقه بین أظافیر الید وأظافیر الرجل ینافی ما ورد فی روایات متعدّده من أنّ أصابع الید والرجلین سواء فی الدیه، ویوجّه ما علیه المشهور بأنّ التفصیل الوارد فی روایه مسمع یوجب حمل صحیحه عبداللّه بن سنان علی صوره نبات الظفر بعد ذلک أبیض فیکون فی کلّ من أظافیر الید والرجل مع عدم نباته أو نباته أسود عشره دنانیر، وفی نباته أبیض خمسه دنانیر، وضعف روایه مسمع ینجبر بعمل المشهور، وأمّا ما ورد فی کتاب ظریف من التفصیل بین أظافیر الید والرجل وبین ظفر الإبهام من القدم وسائر أظافیره یترک لعدم عامل به بالالتزام بالدیه فیه کذلک.

أقول: لعلّ وجه عدم عملهم بما فی کتاب ظریف هو اعتقادهم بأنّ عدم صحّه التعلیل فیها والروایات الوارده فی تسویه أصابع الرجلین والیدین فی الدیه مانعان عن العمل بما فیه.

ولکن شیء منهما لا یمنع عن ذلک؛ لأنّ عدم صحّه التعلیل لا یوجب رفع الید عن الحکم الوارد فیه ولعلّ عدم صحّته للاشتباه فی الضبط وکان التعلیل بحیث کان مطابقاً للواقع والروایات الوارده فی التسویه ناظره إلی دیه الأصابع لا أظافیر الأصابع؛ ولذلک ذکر فی بعضها بأنّ فی کلّ إصبع عشر الدیه، وعلی ذلک فالأظهر العمل بما فی صحیحه عبداللّه بن سنان، وما ورد فی المروی عن کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام (1) کما ذکرنا.

دیه الظهر

[1] بلا خلاف بین الأصحاب وذکر بعضهم فی دیات کسر الأعضاء ولا یمکن

1- (1) تقدمتا فی الصفحه السابقه.

وفی روایه ظریف: إن کُسِرَ الصلب، فجُبِرَ علی غیر عیب فمئه دینار. وإن عثم فألف دینار. ولو کسر، فشلت الرجلان فدیه له، وثلثا دیه للرجلین. وفی الخلاف: لو کسر الصلب فذهب مشیه وجماعه، فدیتان.

الشَرح:

التمسّک فیه بما ورد فی أنّ کلّ ما فی البدن واحد ففیه الدیه حیث إنّ ظاهره إزاله العضو والکسر غیر داخل فیه.

ولکن یشهد لمّا ذکروا صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل یکسر ظهره، قال: «فیه الدیه کامله»(1).

وصحیحه برید العجلی، عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل کسر صلبه فلا یستطیع أن یجلس أنّ فیه الدیه»(2) رواها فی الوسائل عن الکلینی، عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن محبوب، عن أبی سلیمان الحمّار، عن برید العجلی، وأبو سلیمان الحمّار هو داود بن سلیمان ثقه وله کتاب یرویه الحسن بن محبوب.

ومعتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الصلب الدیه»(3).

وفی موثّقه سماعه، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی الرجل الواحده نصف الدیه إلی أن قال: وفی الظهر إذا انکسر حتّی لا ینزل صاحبه الماء الدیه کامله(4). وربّما یوهم بأنّ الکسر لا یتعلّق بکسره الدیه، بل إذا کان موجباً لعدم إنزال الماء.

ولکن لا یخفی أنّ عدم الإنزال لازم للکسر الذی لا یجبر فهو معرف للکسر وفی

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 4.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 305 306 ، الباب 14 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 306 ، الباب 14 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 285 - 286 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 7.

(الثالث عشر): النخاع وفى قطعه الديه كامله[1].

الشَرح:

معتبره يونس أنّه عرض على أبى الحسن الرضا عليه السلام كتاب الديات وكان فيه إلى أن قال: وفى الظهر إذا أحدب ألف دينار(1).

هذا كلّه إذا لم يجبر من غير عيب وعثم.

وأمّا إذا جبر من غير عيب فالمنسوب إلى المشهور أو إلى أكثر فيه ثلث الديه ولم يعرف لذلک مستند يعتمد عليه وقد ورد فى المعتبره عن كتاب ظريف: وإن انكسر الصلب فجبر على غير عثم ولا عيب فديته مئه دينار(2). فالمتعيّن الأخذ بذلک. ثمّ إنّه إذا كسر الظهر وترتّب عليه شلل الرجلين، سواء جبر أو لم يجبر، يكون مع ديته ديه شللهما وهى ثلثا ديه الرجلين؛ لأنّه مقتضى ما دلّ على الديه فى كلّ من كسر الظهر وشلل الرجلين وإن كان كلاهما بفعل واحد، وسيأتى الكلام فى ثبوت الديات المتعدّده للجنايات المتعدّده التى لكلّ منها ديه أو لبعضها أرش وإن كان كلّها حدثت بفعل واحد.

ديه النخاع

[1] النخاع هو العصب الأبيض داخل عظم الرقبه المعبر عنه فى كلمات بعض بالخيط الأبيض داخل عظم الرقبه ممتد إلى الصلب، وعن المشهور أنّ ديه قطعه حتّى على تقدير عدم موت المجنى عليه بقطعه الديه الكامله بل ادّعى عدم الخلاف فيه.

ويستدلّ على ذلک بالإطلاق والعموم فى: أنّ كلّ ما فى الجسد واحد ففيه الديه ومافيه اثنان ففى واحد منهما نصفها(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 311 ، الباب 18 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

(الرابع عشر): الثديان وفيهما من المرأه ديتها. وفى كلّ واحد نصف ديتها[1]. ولو انقطع لبنهما، ففيه الحكومه، وكذا لو كان اللبن فيهما وتعذّر نزوله. ولو قطعهما مع شىء من جلد الصدر، ففيهما ديتها وفى الزائده حكومه. ولو أجاف مع ذلک الصدر، لزمه ديه الثديين والحكومه وديه الجائفه.

الشَرح:

وقد يقال لو فرض بقاء حياه الإنسان مع قطع نخاعه ففى التمسّک بالعموم والإطلاق المشار إليهما تأمّل فإنّ ظاهرهما إزاله العضو المستقلّ من الجسد والنخاع لا يعدّ عضواً مستقلاً، بل من تابع عضو الإنسان والحيوان وهو عظم الفقرات من داخل الرقبه مع أنّ ما دلّ على ثبوت الديه فى العضو إنّما يراد به قطعه وإزالته عن محلّه والقطع مع بقائه فى محلّه لا يدخل فى الإطلاق والعموم؛ ولذا لا يدخل كسر عظم عضو فيهما سواء كان ذلک العضو واحداً أو اثنان ولا يبعد مع فرض بقاء الحياه الرجوع إلى الحكومه.

أقول: إنّما يصحّ الرجوع إلى الحكومه إذا قطع شىء من النخاع، وأمّا إذا قطع بحيث حصل الانفصال ولو فى داخل عظم الرقبه فلا يبعد التمسّک بالإطلاق المشار إليه أو العموم، حيث إنّ إناطه حياه الإنسان والحيوان بعدم قطعه بنحو الانفصال ولو فى داخل الفقره يوجب حسابه عضواً من أعضاء الجسد، ويصدق على قطعه ولو بالنحو المزبور إزالته وإتلافه، كيف وقد ثبت فى قطع المارن من الأنف والحشفه من الذكر تمام الديه مع أنّهما من جزء العضو، وجزء العضو تابع مع أنّه لا تتوقّف حياه الإنسان بشىء منهما، واللّه العالم.

ديه الثديين

[1] بلا خلاف بين أصحابنا ويدلّ على ذلک الإطلاق والعموم فى: أنّ كلّ ما فى الجسد اثنان فى كلّ منهما نصف الديه(1).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب موجبات الضمان، الحديث الأوّل.

ولو قطع الحلمتين[1]، قال فى المبسوط: فيهما الديه، وفيه إشكال، من حيث إنّ الديه فى الثديين، والحلمتان بعضهما. أمّا حلمتا الرجل، ففى المبسوط والخلاف فيهما الديه. وقال ابن بابويه رحمه الله : فى حلمه ثديى الرجل ثمن الديه مئه وخمسه وعشرون ديناراً. وكذا ذكر الشيخ رحمه الله فى التهذيب عن ظريف. وفى إيجاب الديه فيهما بُعد. والشيخ أضرب عن روايه ظريف، وتمسّک بالحديث الذى مرّ فى فصل الشفتين.

الشَرح:

أضف إلى ذلک صحيحه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل قطع ثدى امرأته، قال: أُغرّمه إذن لها نصف الديه(1).

ولو انقطع لبنها بذلک يكون فى انقطاعه الحكومه حيث إنّ قطعها أوجبت جنايه لا مقدّر لها فيرجع إلى الحكومه.

ولا فرق فى ذلک بين الانقطاع أو تعذّر نزول اللبن حيث إنّ المرأه إذا صارت حاملاً لم يتكون فى ذلک الثدى اللبن بحيث يستند إلى قطعها.

وكذلک يرجع إلى الحكومه إذا قطع مع قطع الثدى شىء من جلد الصدر حيث إنّ قطع شىء من الجلد لا مقدّر لها يرجع إلى الحكومه، ولو أجاف بقطع الثدى الصدر يثبت مع ديه الثدى ديه الجائفه.

فى الحلمتين

[1] ولو قطع الحلمتين من ثديى المرأه قال فى المبسوط: فيهما الديه كامله(2)، وتبعه العلاّمه وابن حمزه وابن إدريس(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 354 ، الباب 46 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) المبسوط 7 : 148.
3- (3) التحرير 5 : 597. والوسيله: 442 و450 ، والسرائر 3 : 394.

....

الشَرح:

والمستند فيما ذكروا التمسّک بالإطلاق والعموم المشار إليهما.

وقد أورد على ذلک بأنّ الحلمه جزء من ثدى المرأه وثبوت نصف الديه فى ثديها يوجب تقسيطها وتوزيعها على أجزائها، وإلاّ لزم مساواه الجزء مع الكلّ.

ودعوى عدم البأس بمساواه الجزء مع الكلّ وقد ثبت المساواه فى اليد والرجل والذكروالأنف لا يمكن المساعده عليها؛ لأنّ اليد والرجل والذكر والأنف يطلق على البعض أيضاً، بخلاف الثدى والحلمه مع أنّ ما ذكر مورد النصّ وقياس المقام بها من القياس المنهى عنه.

وقد يقال بأنّ الثابت فى حلمتى الرجل ربع ديته ويكون الأمر فى المرأه أيضاً كذلک؛ لأنّ المرأه تشارک الرجل إلى ثلث الديه، وهذا العموم يجرى فى المقام أيضاً فيكون فى حلمتى المرأه أيضاً كالرجل ربع الديه، وفى روايه ظريف التى ذكرنا اعتبارها وأنّه يجرى عليها حكم سائر الروايات المعتبره من الأخذ بها مع عدم المعارض لها: «وفى حلمه ثدى الرجل ثمن الديه مئه وخمسه وعشرون ديناراً»(1).

فلا تصل النوبه إلى ما ذكر فى المبسوط والخلاف(2) من التمسّک بأنّ ما فى الجسد اثنان فى أحدهما نصف الديه.

ولا ما مال إليه فى الرياض(3) من الرجوع إلى الحكومه حتّى فى حلمتى الرجل وأنّه لا يتمسّک بروايه ظريف وإن قلنا باعتبار سندها لتعارض الإجماع المدّعى من الخلاف فيرجع إلى الحكومه مضافاً إلى أصاله البراءه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) المبسوط 7 : 148 ، الخلاف 5 : 257 ، المسأله 65.
3- (3) رياض المسائل 2 : 550 (الطبعه القديمه).

(الخامس عشر): الذكر وفى الحشفه فما زاد الديه وإن استؤصل[1]، سواء كان لشاب أو شيخ أو صبى لم يبلغ، أو من سُلّت خصيتاه.

الشَرح:

ديه الذكر

[1] من غير خلاف معروف أو منقول من أصحابنا ويدلّ عليه ما فى معتبره يونس الذى عرض على الرضا عليه السلام كتاب الديات: «والذكر إذا استؤصل ألف دينار»(1).

وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الرجل يكسر ظهره قال: فيه الديه كامله إلى أن قال: وفى الذكر إذا قطعت الحشفه وما فوق الديه(2).

ومدلول هذه أنّ قطع الحشفه أو القطع من فوق يوجب تمام الديه وبهذه يرفع اليد عن إطلاق ما ورد فى معتبره يونس المتقدّمه ويلتزم ثبوت الديه كامله إذا استؤصل الذكر أو قطع الحشفه وما فوق.

وأصرح منها فى ثبوت الديه فى قطع الحشفه خاصّه صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الأنف إذا استؤصل جذعه الديه إلى أن قال: وفى الذكر إذا قطع من موضع الحشفه الديه(3).

ومقتضى الإطلاق فى هذه الروايات عدم الفرق بين كون المقطوع منه شاباً أو شيخاً أو صبيّاً أو من شلّت خصيتاه ولم يوجب الشلل شلل ذكره، وإلاّ يكون فى قطع الذكر المشلول ثلث الديه كما يأتى.

ويدلّ على الإطلاق ما ورد فى قطع الذكر من الغلام لصحيحه بريد العجلى، عن أبى جعفر قدس سره : «فى ذكر الغلام الديه كامله»(4).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 - 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 284 - 285 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 285 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 339 ، الباب 35 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

ولو قطع بعض الحشفه، كانت ديه المقطوع بنسبه الديه من مساحه الكمره حسب. ولو قطع الحشفه وقطع آخر ما بقى، كان على الأوّل الديه وعلى الثانى الأرش[1].

الشَرح:

وعلى الجمله، المستفاد من الروايات الثلاث المتقدّمه أنّ مثل الحشفه بالإضافه إلى قطع الذكر مثل ذهاب الأصابع بقطع الكفّ، كما أنّ الأصابع إذا قطع مستقلاً ففيها الديه، ولكن إذا ذهبت بقطع الكفّين فلا ديه لذهابها، كذلك الأمر فى الحشفه إذا ذهبت بقطع الذكر من فوق الحشفه فلا ديه لها، وأمّا إذ قطعت الحشفه مستقلاً تكون فيها الديه كامله، وعلى ذلك فإن قطع بعض الحشفه ثبتت الديه فى المقدار المقطوع بحسابه إلى تمام الحشفه التى يعبّر عنها بالكمره؛ وذلك لثبوت الديه الكامله فى قطع الحشفه خاصّه فيكون المقطوع بحسابه على ما ورد فى بعض الموارد ويساعده اعتبار الأرش.

[1] فإنّ من قطع الحشفه عليه تمام الديه على ما تقدّم.

وأمّا قطع الذكر الذى قطعت حشفته فلم يرد فيه تقدير فيرجع فيه إلى الحكومه.

والظاهر عدم الفرق فى هذا الحكم بين ما إذا قطع آخر ما بقى من ذكره أو قطعه قاطع الحشفه ثانياً كما صرّح بذلك فى الجواهر(1).

والوجه فى ذلك أنّ ما ورد فى قطع الذكر وما فوق أو قطعه بالاستئصال فيه الديه ناظر إلى ما إذا كان ذلك بجنايه واحده وبقطع واحد عرفاً، أمّا إذا عدّت جنايتان وقطعان فلأحدهما مقدّر خاصّ يكون فى الأُخرى الحكومه، كما تقدّم ذلك فى الجنايه على اليدين والأصابع.

وبذلك يظهر الحال فى قطع ذكر الخنثى التى أحرزت أنّها امرأه فإنّ ذكرها شىء

1- (1) جواهر الكلام 43 : 268.

وفی ذکر العِنین ثلث الدیه، وفیما قطع منه بحسابه[1].

وفی الخصیتین الدیه. وفی کلّ واحده نصف الدیه[2].

الشَرح:

زائد یکون قطعه جنایه لا تقدیر فیها فیرجع إلی الحکومه.

[1] هذا المشهور عند الأصحاب؛ لأنّ العضو المشلول دیته ثلث دیه العضو الصحیح فیکون فی قطع تمام ذکر العنّین ثلث الدیه وفی قطعها بحساب المقدار المقطوع إلی ثلث الدیه الثابت فی قطع مجموع ذکره حیث لم یرد فی قطع حشفته ثبوت ثلث الدیه الکامله، بل لا یختصّ الشلل بالحشفه لیکون فی قطعها ثلث الدیه، بل یکون الشلل فی أصل الذکر وینسب المقدار المقطوع إلی أصل الذکر فی حساب المساحه.

هذا، وقد ورد فی معتبره السکونی قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام : «فی ذکر الصبی الدیه، وفی ذکر العنین الدیه(1). وظاهر تساوی ذکر العنین والغلام أنّ فی قطع کلّ منهماتمام الدیه، ومقتضی ذلک رفع الید بها عمّا استفید من بعض الروایات من أنّ الدیه فی العضو المشلول ثلث دیه ذلک العضو إذا کان صحیحاً بقانون رفع الید عن العموم والإطلاق بالخاصّ الوارد علی خلافهما.

ومع ذلک أنّ الوارد فی قطع ذکر الخصی فی صحیحه برید بن معاویه ثلث الدیه(2). والتفرقه بین ذکره وبین العنین بعید جدّاً فإنّ کلاًّ من الخصی والعنین الذی لا ینتشر ذکره شلل.

دیه الخصیتین

[2] لا خلاف فی أن تثبت الدیه الکامله فی قطع الخصتین معاً، ویشهد له مضافاً إلی العموم فی صحیحه هشام بن سالم عن أبی عبداللّه علیه السلام : کلّ ما فی

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 339 ، الباب 35 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وفی روایه: فی الیسری ثلثا الدیه، لأنّ منها الولد، والروایه حسنه، لکن تتضمن عدولاً عن عموم الروایات المشهوره. وفی أدره الخصیتین أربعمئه[1] دینار، فإن فحج فلم یقدر علی المشی فثمان مئه دینار، ومستنده کتاب ظریف غیر أنّ الشهره تؤیده.

الشَرح:

الإنسان اثنان ففیهما الدیه(1). ما ورد فی صحیحه یونس، عن کتاب ظریف وفی البیضتین ألف دینار(2). فتکون الدیه فی قطع إحداهما نصف الدیه علی ما هو مقتضی القاعده الوارده کلّ ما فی البدن اثنان ففی أحدهما نصف الدیه، إلاّ أنّه قد ورد التفرقه بین الیسری والیمنی فی صحیحه عبداللّه بن سنان، عن أبی عبداللّه علیه السلام بأنّ فی الیسری ثلثا الدیه وفی الیمنی ثلثها، معللاً الفرق بأن الولد یکون من الیسری(3).

ولکن یعارض الصحیحه فی ذلک ما ورد فی معتبره ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: وفی خصیه الرجل خمسمئه دینار(4). فإنّ ثبوت نصف الدیه فی خصیه تنفی الاختلاف بین الیمنی والیسری.

ومع التعارض بینها وبین صحیحه عبداللّه بن سنان یرجع إلی عموم ما دلّ علی أنّ ما فی الإنسان والجسد اثنان ففی أحدهما نصف الدیه.

وما ورد فی صحیحه عبداللّه بن سنان من تعلیل اختلاف دیتهما بأنّ الولد یکون من الیسری وإن ورد فی مرفوعه أبی یحیی الواسطی(5) أیضاً إلاّ أنّ التعلیل ممّا وقع مورداً لإنکار من بعض الأطباء، والمرفوعه ضعیفه بالإرسال بمحمّد بن هارون.

[1] ما ذکر قدس سره فی أدره الخصیتین أربعمئه دینار أی ما إذا فعل ما حصل به

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 12.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 383 - 384 ، الباب الأوّل من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
4- (4) التهذيب 10 : 307 ، الحديث 26.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 311 - 312 ، الباب 18 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

(السادس عشر): الشفران وهما اللحم المحيط بالفرج إحاطه الشفتين بالفم، وفيهما ديتها. وفى كلّ واحده نصف ديتها. وتستوى فى الديه السليمه والرتقاء. وفى الزكَب حكومه، وهو مثل موضع العانه من الرجل[1].

الشَرح:

انتفاخ الخصيتين فإن فجج أى حصل التباعد بين رجليه بانتفاخهما بحيث لا يتمكّن من المشى بلا مشقّه يكون الديه ثمانمئه دينار أى أربعه أخماس الديه كما ورد ذلک فى كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام فإن أُصيب رجل فأدر خصيتاه كلتاهما فديته أربعمئه دينار فإن فجج فلم يستطع المشى إلاّ مشياً لا ينفعه فديته أربعه أخماس ديه النفس(1). وحيث إنّه لا يعارضها شىء من الروايات، ولم تقع مورداً لإعراض من الأصحاب يتعيّن العمل بما ورد فيه كيف وقد ذكر الماتن أنّ مستنده كتاب ظريف غير أنّ الشهره تؤيّده.

ديه الشفرين

[1] وفى قطع الشفران من المرأه وهما اللحمان المحيطان بفرجها الديه كامله أى ديه المرأه، وفى قطع أحدهما نصف ديتها من غير فرق بين المرأه السليمه وغيرها من الرتقاء والقرناء والكبيره والصغيره والثيب والبكر من غير خلاف معروف من أصحابنا.

ويدلّ على ذلک مضافاً إلى القاعده العامه المشار إليها كلّ ما فى الجسد اثنان ففى واحد منهما نصف الديه وفيهما الديه، معتبره عبدالرحمن بن سيابه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إنّ فى كتاب على عليه السلام لو أنّ رجلاً قطع فرج أمرأته لأغرمته لها ديتها(2). وقطع الفرج ظاهره قطع نفس الشفرين اللتين كالشفتين بالإضافه إلى الفم.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 311 ، الباب 18 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 171 ، الباب 9 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2.

وفی إفضاء المرأه دیتها[1]، وتسقط فی طرف الزوج، إن کان بالوط ء بعد بلوغها. ولو کان قبل البلوغ، ضمن الزوج مع مهرها دیتها، والإِنفاق علیها حتّی یموت أحدهما.

الشَرح:

وأمّا المنسوب إلی أهل اللغه فی معنی الشفرین فلیس عند العرف من عضوین من الجسد یعدّان کحا شیتی الجفنین للعین مع أنّ الوارد فی معتبره عنوان الفرج دون الشفرین والفرج للمرأه هو الشفرین بالمعنی المذکور فی المتن.

ثمّ الإطلاق والعموم فی المعتبره والقاعده یعمّ قطع الشفرین من أی امرأه سلیمه أو غیرها حتّی الرتقاء والقرناء والصبیّه والبالغه والثیّب والبکر، وأمّا قطع الزکب من المرأه فیه الحکومه لعدم ورود تقدیر دیه فیه، والزکب فی المرأه کالعانه من الرجل حیث إنّ فی قطع عانه الرجل أیضاً الحکومه؛ لأنّ فیه أیضاً لم یرد تقدیر سواء قطع مع الفرج أو منفرداً.

وأمّا ما فی صحیحه أبی بصیر قال أبو جعفر علیه السلام: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل قطع فرج امرأته، قال: إذن أُغرمه لها نصف الدیه(1). فلا یبعد أن یکون الحدیث کما فی التهذیب: «فی رجل قطع ثدی امرأته»(2) أو کان القطع فی إحدی الشفرین.

وعلی کلّ، فلا ینبغی التأمّل فی أنّ قطع الشفرین بمعنی قطع الفرج یوجب تمام الدیه فإنّها عضو واحد من أعضاء جسد المرأه.

دیه إفضاء المرأه

[1] بلا خلاف یعرف ویدلّ علیه صحیحه سلیمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل کسر بعصوصه فلم یملک إسته ما فیه من الدیه؟ فقال: الدیه

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 171 ، الباب 9 من أبواب قصاص الطرف، الحدیث الأوّل.

2- (2) التهذيب 10 : 252 ، الحديث 31.

....

الشَرح:

كامله، وسألته عن رجل وقع بجاريه فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلک المنزله لم تلد؟ فقال: الديه كامله(1). وما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قضى فى امرأه أفضيت بالديه(2). ولا فرق فى ثبوت الديه بين كون الوط ء شبهه أو حتّى الزنا، سواء كانت المرأه مطاوعه أو مكرهه فإنّ الزانيه لا تستحقّ المهر لا أنّه لا تستحقّ ديه الجنايه، وعلى ذلک فإن كان المفضى أجنبياً تستحقّ المرأه ديه نفسها كما هو ظاهر الروايتين.

وأمّا إذا كان المفضى زوجها فلا يكون على زوجها شىء إذا كانت المرأه بالغه بأن أكمل تسع سنينها.

بخلاف ما إذا لم تكن بالغه حيث إنّه كان يحرم على الزوج وط ء زوجتها قبل إكمالها تسع سنين فيتعلّق بالإفضاء ديه نفسها.

والكلام يقع فى جهات:

الأُولى: أنّ تعلّق ديتها على زوجها المفضى مطلق أو أنّه يختصّ بصوره طلاقها بعد الإفضاء ولو متأخّراً ولو أمسكها على حباله إلى الآخر فلا يتعلّق عليه الديه.

ظاهر المنسوب(3) إلى المشهور أنّ تعلّق ديتها على زوجها المفضى قبل بلوغها مطلق أخذاً بإطلاق الروايتين.

ولكن فى المقابل صحيحه حمران، عن أبى عبدللّه عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جاريه بكراً لم تدرک فلمّا دخل بها اقتضّها فأفضاها؟ فقال: إن كان دخل بها

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 370 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 148 ، بعد الحديث 5328.

3- (3) نسبه الشهيد الثانى فى المسالک 15 : 438.

....

الشَرح:

حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شىء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلک بقليل حين دخل بها فاقتضّها فإنه أفسدها وعطّلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها وإن أمسكها ولم يطلّقها حتّى تموت فلا شىء عليه(1). وظاهرها كما ترى التفصيل فى تعلّق الديه بين عدم إمساكها وطلاقها فيثبت الديه وبين عدم طلاقها ولو فيما بعد ذلک فلا يثبت الديه فإنّ الشىء الذى يتحمّل الزوج المفضى المذكور فى الروايه هو ديتها.

وقد قال فى الرياض(2) إنّ هذه الروايه المفصّله بين البلوغ وعدمه غير معمول بها عند الأصحاب، كما صرّح بذلک المجلسى.

ولكن لا يخفى أنّه لا يمكن إثبات إعراض الأصحاب عن الروايه لعدم تعرّض جمله منهم للمسأله أصلاً وعدم عمل عده منهم لعلّه بدعوى أنّ المنفى فى صوره عدم الطلاق نفى الديه بإطلاق نفى الشىء وما دلّ على تعلّق الديه خاصّ بالديه مضافاً إلى ما يأتى.

أقول: توقّف صاحب العروه فى إطلاق ثبوت الديه وتصريح صاحب الحدائق بالتفصيل يؤيّد عدم ثبوت الإعراض.

الجهه الثانيه: أنّ الدخول على الزوجه قبل بلوغ الجاريه تسع سنين حرام وإن جاز نكاحها قبل بلوغها، وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قال: إذا تزوّج الرجل الجاريه وهى صغيره فلا يدخل بها حتّى يأتى لها تسع سنين»(3).

وفى موثقه طلحه بن زيد، عن جعفر عن أبيه، عن على عليه السلام قال: «من تزوّج بكراً

1- (1) وسائل الشيعه 20 : 103 - 104 ، الباب 45 من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث 9.
2- (2) الرياض 2 : 551 (الطبعه القديمه)

3- (3) وسائل الشيعه 20 : 101 ، الباب 45 من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث الأوّل.

. ...

الشَرح:

فدخل بها فی أقلّ من تسع سنین فعیبت ضمن»(1) وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «إنّ من دخل بامرأه قبل أن تبلغ تسع سنین فأصابها عیب فهو ضامن»(2).

وفی صحیحه ابن أبی عمیر، عن غیر واحد، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «حدّ بلوغ المرأه تسع سنین»(3).

وما فی بعض الروایات تسع سنین أو عشر سنین محمول علی رعایه العشره استحباباً، أو کون المراد الدخول بعشر سنین، وإطلاق (ضمن) یقید بصوره الطلاق بعد الإفضاء إذا کان العیب إفضاءً.

وعلی کل تقدیر فالإفضاء إذا دخل بها قبل إکمال تسع سنین وإن کان موجباً للدیه کما ذکرنا ولا تبطل الزوجیّه إلاّ بالطلاق إلاّ أنّ المحکی عن جمله بطلان النکاح بذلک وتصیر المرأه محرمه علی المفضی کما هو ظاهر مرسله یعقوب بن یزید، عن بعض أصحابنا، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین فرّق بینهما ولم تحلّ له أبداً»(4) ولکنّ تقدّم أنّ صحیحه حمران کالصریح فی بقاء الزوجیه ما لم یطلّق، وکذا روایه برید بن معاویه عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل افتضّ جاریه یعنی امرأته فأفضاها؟ قال: علیه الدیه إن کان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین، قال: وإن أمسکها ولم یطلّقها فلا شیء علیه، إن شاء أمسک وإن شاء طلّق(5).

فالمرسله مع ضعفها بالإرسال ومعارضتها بالصحیحه وغیرها لا یمکن

1- (1) وسائل الشیعه 20 : 103 ، الباب 45 من أبواب مقدّمات النکاح، الحدیث 6.
2- (2) وسائل الشیعه 20 : 103 ، الباب 45 من أبواب مقدّمات النکاح، الحدیث 8.

3- (3) وسائل الشيعه 20 : 104 ، الباب 45 من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث 10.
4- (4) وسائل الشيعه 20 : 494 ، الباب 34 من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث 2.
5- (5) وسائل الشيعه 20 : 494 ، الباب 34 من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث 3.

....

الشَرح:

الاعتماد عليها، وحمل المرسله على حرمه الدخول بها أبداً حتّى وإن أمسكها ولم يطلّقها لا يعدّ جمعاً عرفيّاً مع أنّه لم يفرض في المرسله الإفضاء، بل الموضوع هو الدخول قبل بلوغ تسع سنين ولا أظنّ أن يلتزم به واحد من الأصحاب.

وعلى الجمله، فلا موجب أيضاً للالتزام بحرمه الدخول بها ولو من المفضى لها خصوصاً فيما أندمل الجرح.

الجهه الثالثه: أنّ على الزوج المفضى نفقه المفضاه ما دامت حيّه وإن طلّقها بعد ذلک كما يدلّ على ذلک صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج جاريه فوقع بها فأفضاها؟ قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حيّه(1). ومقتضى إطلاقها عدم الفرق فى الإجراء بين صوره إمساكها حتّى ما لو طلّقها بعد إفضائها.

نعم، بما أنّ الحكم بالإجراء أى الإنفاق لا يعمّ المفضى بعد موته قيد الحكم بما لم يمت أحدهما، وحيث إنّ المستفاد من صحيحه الحلبى الوارده فى الإجراء عليها أنّ ما على المفضى الزوج فى الفرض نفقتها حتّى فيما إذا طلّقها هو أن لا تبقى المفضاه بلا نفقه فإذا مات الزوج قبلها فلا يكون على المفضى نفقتها، بل تكون نفقتها من ملكها من سهم الإرث كما أنّه لو تزوجت بعد طلاقها من الآخر تكون نفقتها على زوجها.

الجهه الرابعه: أنّ المفضى لها إذا طلّقها بعد الإفضاء يكون عليه مهرها مضافاً إلى ديّتها؛ لأنّ الديه عوض جنايه الإفضاء والمهر استقراره بالدخول ولا موجب ولا دليل على التداخل.

وما تقدّم من وجوب الإنفاق أو حرمه الدخول بناءً على المشهور، إنّما هو فيما إذا كانت الزوجه باكره صغيره، وأمّا الكبيره والموطوءه بشبهه أو حتّى بالزنا لا يترتّب عليه إلاّ ديه الإفضاء فى غير الزوجه الكبيره؛ لما تقدم من أنّه لا يترتّب على الإفضاء

1- (1) وسائل الشيعه 20 : 494 ، الباب 34 من أبواب ما يحرم بالمصاهره، الحديث 4.

ولو لم يكن زوجاً، وكان مكرهاً، فلها المهر والديه[1]. وإن كانت مطاوعه، فلا مهر، ولها الديه. ولو كانت المكرهه بكراً، هل يجب لها أرش البكاره زائداً على المهر؟ فيه تردد، والأشبه وجوبه، ويلزم ذلک فی ماله، لأنّ الجنايه إمّا عمد أو شبيه بالعمد.

(السابع عشر): قال فی المبسوط: فی الأليتين[2] الديه. وفی كلّ واحده نصف الديه.

الشَرح:

فی الزوجه الكبيره ديه الإفضاء كما ورد ذلک فی صحيحه حمران قال: سئل عن رجل تزوّج جاريه بكراً لم تدرک فلمّا دخل بها اقتضها فأفضاها؟ فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شیء عليه(1). ونحوها غيرها.

[1] يعنی لو كان المفضی مكرهاً للمرأه ولم يكن زوجاً لها يتعلّق عليه الإفضاء ومهرها وديه إفضائها وهی ديه نفسها.

نعم، إذا كانت مطاوعه تكون زانيه تسقط مهرها وتستحقّ ديه نفسها أی ديه الإفضاء، وذكر الماتن أنّ المكرهه إذا كانت باكره فلها مع مهرها وديتها أرش البكاره زائداً على المهر، ولكن لم يعلم لما ذكره وجه صحيح فإنّ أرش البكاره تدخل فی مهر المثل إذا كانت المرأه باكره.

وعلى كلّ حال، الإفضاء جنايه لا تكون موضع للاقتصاص بل تثبت الديه بها وتكون الديه على المفضی إمّا لأنّ الإفضاء جنايه لا مورد القصاص فيها وتكون الجنايه مورداً للديه أو أنّها شبه خطأ.

ديه الأليتين

[2] المراد بالأليتين اللحمان النابتان بين الظهر والفخذين، ولا ينبغی التأمّل فی

1- (1) وسائل الشيعه 20 : 103 - 104 ، الباب 34 من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث 9.

ومن المرأه ديتها، وفى كلّ واحده منها نصف ديتها، وهو حسن تعويلاً على الروايه التى مرّت فى فصل الشفتين.

(الثامن عشر): الرجلان وفيهما الديه. وفى كلّ واحده نصف الديه، وحدّهما مفصل الساق[1].

الشَرح:

أنّهما تعدّان عضوين من الجسد متميّزتين من سائر الأعضاء من الجسد دخيلتين فى الجمال والمنفعه وأقلّها، الجلوس على الأرض والفراش.

ويقال فى قطع كلتيهما تمام الديه وفى قطع كلّ واحده منها نصف الديه؛ لأنّ كلّ ما فى الجسد اثنان ففيهما الديه وفى قطع إحداهما نصفها.

وهل المراد من قطعهما أو قطع إحداهما القطع إلى أن يصل إلى العظم أو المراد قطع ما أشرف منهما، فالظاهر أنّها اسم للمجموع لا خصوص ما أشرف منها وعلى ذلک فإن قطع ما أشرف خاصّه يكون المورد من موارد الحكومه بناءً على القاعده المتقدّمه فى أنّ كلّ ما لم يرد فيه تقدير الديه يرجع إلى الحكومه، كما أنّه لو قطع بعض ما أشرف فهو أيضاً موردها.

ودعوى أنّ الداخل فى معنى الأليه هو ما أشرف إلى أن يصل إلى مساواه الظهر والفخذ فلا يمكن المساعده عليها فإنّ ما أشرف إلى موضع العظم يعدّ عضواً واحداً ويحسب المجموع الأليه فيكون قطع ما أشرف خاصّه أيضاً موضع الحكومه مع بقاء اللحم إلى العظم.

ديه الرجلين

[1] الديه فى كلّ من الرجلين كالديه فى كلّ من اليدين وفى كلّ منهما نصف الديه وفى كلتيهما الديه كامله.

ويدلّ على ذلک مضافاً إلى ما تقدّم من القاعده من أنّ كلّ ما فى الجسد اثنان ففى كلّ واحد منهما نصف الديه، عدّه من الروايات:

وفى الأصابع منفرده ديه كامله. وفى كلّ إصبع عُشْر الديه، والخلاف هنا فى الإبهام كما فى اليدين. وديه كلّ إصبع مقسومه على ثلاث أنامل بالسويه. وفى الإبهام على اثنين. وفى الساقين الديه. وكذا فى الفخذين. وفى كلّ واحده نصف الديه.

الشَرح:

منها موثقه سماعه، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «فى الرجل الواحده نصف الديه»(1).

ومعتبره زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى اليد نصف الديه وفى اليدين جميعاً الديه وفى الرجلين كذلک»(2).

وحدّ الرجل مفصل الساق من ناحيه القدم فإذا قطع القدم من ناحيه مفصل الساق تثبت نصف الديه، كما أنّه إذا قطع من مفصل الفخذ أو الركبه تثبت أيضاً نصف الديه على ما تقدّم فى ديه اليد.

هذا كلّه إذا وقعت جنايه واحده من إحدى المفاصل أو من بعض الساق أو الفخذ؛ لأنّ المقطوع على كلّ تقدير جنايه بقطع الرجل كما أوضحنا فى قطع اليد، وأمّا إذا قطع القدم أوّلاً ثمّ قطع الساق أو الفخذ ففى كلّ منهما ديه كامله أخذاً بما دلّ على أنّ كلّ ما فى البدن اثنان ففى واحده نصف الديه.

نعم، ذكرنا أنّه لا يبعد أنّ يلتزم بنفى القصاص فيما إذا قطع القدم من مفصل الساق ثمّ قطع الساق من الركبه شخص آخر، فلا يثبت القصاص، للثانى لانتفاء المماثله بين العضوين فإنّ الساق بلا قدم ليس مثل الساق مع القدم.

وذكرنا أيضاً أنّ أصابع الرجلين كأصابع اليدين يثبت فى قطعهما من اليدين أو الرجلين تمام الديه إذا كان قطعت منفرده بخلاف ما لو كانت تابعه، كما إذا قطعت

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 285 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 7.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 285 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 6.

....

الشَرح:

الرجلان من مفصل الساق فإنّه لا يثبت إلاّ ديه الرجل.

والأمر فى ديه الأصابع فيالرجلين كالديه فى أصابع اليدين ففى الإبهام ثلث ديه الرجل، وفى غيرها أربعه أسداس ديتها كما كان الحال كذلک فى أصابع اليدين كذلک.

ص :212

مسائل:

اشاره

(الأُولى): فى الأضلاع ممّا خالط القلب، لكلّ ضلع إذا كسرت خمسه وعشرون ديناراً. وفيها ممّا يلى العضدين، لكلّ ضلعٍ إذا كُسِرَت عشره دنانير[1].

الشَرح:

ديه الأضلاع

[1] المصرّح به فى كلمات جماعه التفرقه بين ديه كسر ضلع ممّا خالط القلب أى يليه وبين كسر الضلع الذى يلى العضدين، بل لم ينسب(1) الخلاف إلاّ إلى ابن إدريس حيث إنّه سوّى بين ديه الضلعين حيث قالوا إنّ ديه كسر الضلع الذى يلى القلب خمسه وعشرون ديناراً وديه كسر مايلى العضدين عشره دنانير وإذا تعدّد الضلع المكسور يكون لكلّ من المتعدّد ما ذكرنا فى كسره، ولكن ابن ادريس ذكر أنّ فى كسر ضلع واحد خمسه وعشرين ديناراً(2)، بلا فرق بين القسم الأوّل والقسم الثانيه، ولا يكون فى البين مستند لديه كسر الضلع إلاّ الوارد فى كتاب ظريف مقتضاه التفصيل بين قسمى الأضلاع حيث ورد فيه «وفى الأضلاع فيما خالط القلب من الأضلاع إذا كسر منها ضلع فديته خمسه وعشرون ديناراً وفى صدعه اثنا عشر ديناراً ونصف وديه نقل عظامه سبعه دنانير ونصف وموضّحته على ربع ديه كسره ونقبه مثل ذلک، وفى الأضلاع ممّايلى العضدين ديه كلّ ضلع عشره دنانير إذا كسر، وديه صدعه سبعه دنانير وديه نقل عظامه خمسه دنانير، وموضحه كلّ ضلع منها ربع ديه كسره ديناران ونصف، فإن نقب ضلع منها فديتها ديناران ونصف»(3).

وأمّا التسويه المنقوله عن ابن ادريس فلم يظهر لها وجه.

1- (1) نسبه الشيخ النجفى فى جواهر الكلام 43 : 280.

2- (2) السرائر 3 : 411.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الثانيه): لو كسر بُعْصُوصه، فلم يملک غائطه، كان فيه الديه وهى روايه سليمان بن خالد[1]. ومن ضرب عجانه، فلم يملک غائطه ولا بوله، ففيه الديه وهى روايه إسحاق بن عمّار.

الشَرح:

وكيف كان، فالظاهر ممّا ورد فى كتاب ظريف أنّ الأضلاع على قسمين: قسم منها تخالط القلب، وقسم آخر لا تخالطه، والمخالطه وعدمها معرّف للقسم الأوّل من الضلع، ومايلى العضدين معرّف للقسم الآخر لا أنّه الأضلاع لوحظت قسماً واحداً ومخالطه القلب ومايلى العضدين تقسيم للكسر الواقع فى الضلع، وعلى ذلک يختصّ مايلى العضدين بالأعالى من الأضلاع كما لا يخفى، وأمّا حمل مايخالط وما لا يخالط لموضع الكسر من الضلع فهو خلاف الظاهر كما ذكرنا.

ديه البعصوص

[1] كما صرح بذلک جمله من الأصحاب ويستدلّ على ذلک بصحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل كسر بعصوصه فلم يملک إسته ما فيه من الديه؟ فقال: «الديه كامله»(1).

وكذا من ضرب عجانه أى ما بين خصيتيه وفقحته أى حلقه دبره فلم يملک غائطه ولا بوله.

ويدلّ عليه معتبره إسحاق بن عمّار أو صحيحته قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسک غائطه ولا بوله أنّ فى ذلک الديه كامله(2).

ومقتضى القاعده على ما يأتى تعدّد الديه فى الصوره المفروضه؛ لأنّ كلّ واحد

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 370 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 371 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث 2.

(الثالثه): في كسر عظم من عضو، خُمس ديه ذلک العضو. فإن صلح على غير عيب فأربعه أخماس ديه كسره. وفى موضّحته ربع ديه كسره. وفى رضّه ثلث ديه العضو، فإن صلح على غير عيب فأربعه أخماس ديه رضه. وفى فكّه من العضو بحيث يتعطّل العضو ثلثا ديه العضو، فإن صلح على غير عيب، فأربعه أخماس ديه فكّه[1].

الشَرح:

ممّا يوجب عدم التمكّن من إمساک الغائط، وعدم التمكّن من إمساک البول موجب للديه الكامله وظاهر الروايه التداخل فى الفرض.

وأمّا إذا انفرد بأن أوجب الجنايه عدم التمكّن من إمساک البول، تكون ديه الجنايه الديه الكامله، بل الظاهر الضرب على العجان لا خصوصيّه له، بل كلّ أمر أوجب عدم التمكّن من الإمساک بالغائط أو البول تكون ديته ديه النفس؛ ولذا ثبت الديه فى كسر العصعص الذى عبّر عنه فى الصحيحه بالبعصوص.

وأيضاً لا فرق فى ثبوت ديه النفس بين الجنايه على المرأه والرجل لما دلّ على تساوى الرجل والمرأه فيما يوجب ديه النفس إلاّ أنّ فى الرجل ديه نفسه، وفى المرأه ديه نفسها.

ديه كسر عظم من عضو

[1] هذه المسأله تعرّض فيها لبيان ديه الكسر والجرح والرّض وفكّ العظم فى غير الرأس والمشهور بين أصحابنا أنّ فى كسر العظم من كلّ عضو له ديه مقدّره فى الشرع خمس ديه ذلک العضو فإن صلح الكسر من غير عيب وعثم أى عدم الاستواء فديته أربعه أخماس ديه الكسر وإن انجبرت مع عدم الاستواء ففيه ديه كسرها.

وفى موضحه عظم عضو بالجرح ربع ديه كسره.

وفى رضّ عظمه ثلث ديه ذلک العضو فإن برئ من غير عيب وعثم يكون ديته أربعه أخماس ديه رضّه.

....

الشَرح:

وإذا فكّ العظم من العضو بحيث أوجب شلل ذلک العضو تکون ديته ثلثا ديه ذلک العضو، کما هو مقتضى الجنايه الموجبه لشلل کلّ عضو فإن صلح على غير عيب يکون ديته أربعه أخماس فکّه.

ولکنّ إجراء هذه القاعده فى کلّ کسر وغيره من کلّ عضو أو فى کلّ کسر لا يمکن إتمامها بالدليل؛ ولذا لابدّ من ملاحظه الدليل وإجراء الحکم فى کلّ مورد بمقتضاه ونتعرّض للموارد بعد بيان ما ذکر الماتن فى کسر الترقوه حيث ذکر قدس سره فى المسأله الرابعه أى بعد هذه المسأله قال فى المبسوط والخلاف: فى الترقوتين الديه وفى کلّ واحده منهما مقدّر عند أصحابنا(1)، ثمّ ذکر قدس سره «ولعلّ کلام الشيخ فى الکتابين ناظر إلى ما ذکره جماعه عن ظريف وهو فى الترقوه إذا کسرت فجبرت على غير عيب أربعون ديناراً».

أقول: ورد ديه کسر الترقوه وهو العظم المتّصل من مفصل العضد إلى ثغره النحر من الجانبين فيکون فى کلّ إنسان ترقوتان فى کتاب الديات المعروف بکتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام على ما رواه الکلينى والشيخ والصدوق قدّس سرهما وعلى نقل الکافى قال أمير المؤمنين عليه السلام : «وفى الترقوه إذا انکسرت فجبرت على غير عثم ولا عيب أربعون ديناراً فإن انصدعت فديتها أربعه أخماس کسرها اثنان وثلاثون ديناراً، فإن أوضحت فديتها خمسه وعشرون ديناراً وذلک خمسه أجزاء من ثمانيه من ديتها إذا انکسرت فإن نقل منها العظام فديتها نصف ديه کسرها عشرون ديناراً فإن نقبت فديتها ربع ديه کسرها عشره دنانير».

وأمّا ما نقل الماتن عن الشيخ فى المبسوط والخلاف(2) لا يرتبط بمسأله کسر

1- (1) المبسوط 7 : 155 ، الخلاف 5 : 261 ، المسأله 73.
2- (2) الکافى 7 : 334 ، الحديث 10. التهذيب 10 : 300 ، الفقيه 4 : 83.

....

الشَرح:

الترقوه، وظاهر كلامه فيهما فرض قطع الترقوه والترقوتين كما فرض ذلک غيره أيضاً والتزموا بأنّ فى قطعهما الديه وفى إحداهما نصف الديه أخذاً بالقاعده المستفاده من الروايات كلّ ما فى الجسد اثنان ففى كلّ واحده نصف الديه وفيهما الديه.

نعم، قد يشكل فى الحكم المذكور بأنّ الترقوه بنفسها لا تعدّ عرفاً عضواً مستقلاً وأنّ الروايات منصرفه إلى ما يعدّ عضواً مستقلاً ولعلّهما تعدّان من توابع الصدر.

وفى الإشكال تأمّل؛ لأنّ لهما عنواناً خاصّاً كما فى الساعد والساق من مقطوع اليد والرجل حيث التزموا فى قطع كلّ منهما بجريان القاعده، فالالتزام بالحكومه فى قطع إحداهما أو كليهما بعيد.

هذا، ولكن لم يرد فى معتبره ظريف ديه كسر الترقوه إذا لم تجبر أو جبرت مع عيب وعثم فلابدّ فيه من الالتزام بالحكومه.

أقول: قد تقدّم الكلام فى ديه كسر الظهر وقلنا إنّ فى كسره الديه الكامله هذا فيما إذا لم يجبر من غير عيب وعثم بأن لم يجبر أو جبر مع عيب أو عثم، وأمّا إذا جبر من غير عيب وعثم فقيل إنّ ديته ثلث الديه الكامله، وذكرنا أنّه لا دليل على ذلک، بل ديته مئه دينار على ما ورد فى كتاب ظريف وليس له معارض فى البين قال على ما ورد فيه: وإن انكسر الصلب فجبر على غير عثم ولا عيب فديته مئه دينار، وإن عثم فديته ألف دينار(1).

وكذا تكون الديه الكامله إذا أصاب الظهر بحيث لا يستطيع الجلوس أو حدثت فيه حدبه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

ويدلّ على ذلک صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الرجل يكسر ظهره، قال: «فيه الديه كامله»(1).

وفى كتاب الديات الذى عرضه يونس بن عبدالرّحمن على الرضا عليه السلام : والظهر إذا أحدب ألف دينار(2).

ومعتبره بريد العجلى، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل كسر صلبه فلا يستطيع أن يجلس أنّ فيه الديه(3).

وتقدّم الكلام أيضاً فى كسر الأضلاع وكان المذكور فيبحث كسر الأضلاع فى المسأله الأُولى هو أنّ كسر كلّ ضلع ممّا خالط القلب خسمه وعشرون ديناراً، وفى صدعه اثنا عشر ديناراً ونصف وفى الجرح موضحته وربع ديه كسره، وكذا فى نقبه وفى نقل عظامه سبعه دنانير ونصف دينار هذا فى الأضلاع التى خالطت القلب.

وأمّا الأضلاع التى تلى العضدين ففى كسر كلّ واحد عشره دنانير وفى صدعه سبعه دنانير وفى موضحته ديناران ونصف، وكذا فى نقب كلّ ضلع وديه نقل عظامه خمسه دنانير.

ويدلّ على ذلک أيضاً ما فى الكتاب المذكور حيث ورد فيه: وفى الأضلاع فيما خالط القلب من الأضلاع إذا كسر منها ضلع فديته خمسه وعشرون ديناراً، وفى صدعه اثنا عشر ديناراً ونصف، وديه نقل عظامها سبعه دنانير ونصف، وموضحته على ربع ديه كسره، ونقبه مثل ذلک، وفى الأضلاع ممّايلى العضدين ديه كلّ ضلع عشره دنانير إذا كسر، وديه صدعه سبعه دنانير، وديه نقل عظامه خمسه دنانير

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 305 - 306 ، الباب 14 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وموضحه كلّ ضلع منها ربع ديه كسره ديناران ونصف فإن نقب ضلع منها فديتها ديناران ونصف(1).

وتقدّم الكلام أيضاً فى كسر بعصوصه فلم يملک غائطه، وذكرنا أنّ فيه الديه الكامله، ويدلّ على ذلک صحيحه هشام بن سالم قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل كسر بعصوصه فلم يملک إسته ما فيه من الديه؟ فقال: «الديه كامله»(2).

ولكن الالتزام بالديه الكامله فيما أوجب كسره عدم تمكّنه من إمساک غائطه، ولا يبعد أن تكون الديه لذهاب التمكّن من إمساک غائطه لا كسر بعصوصه، وإذا كسر مع تمكّنه من إمساكه فلا يستفاد من الصحيحه كون ديه الكسر ديه النفس، ولابدّ من الالتزام بالحكومه كما ذكرنا ها فى كلّ جنايه لم ترد فيه تقدير الديه.

ويؤيد ما ذكرنا موثّقه إسحاق بن عمّار أو صحيحته حيث قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسک غائطه ولا بوله أنّ فى ذلک الديه كامله(3). ووجه التأييد أنّه لم يفرض فى الروايه الكسر، بل يعمّ الوارد فيها ما إذا لم يكن سلس الغائط مع الكسر، وأيضاً مقتضى صحيحه إسحاق بن عمّار التداخل فيما إذا حدث سلس البول والغائط بجنايه واحده.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 370 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 371 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث 2.

مسأله 319: فی رضّ الصدر إذا انثنی شقّاه نصف الدیه[1] وإذا انثنی أحد شقّیه ربع الدیه وکذلک الحال فی الکتفین وفی موضحه کلٌّ من الصدر والکتفین خمسه وعشرون دیناراً.

الشَرح:

استدراک لفروع:

ثمّ إنّ فی المقام فروعاً من دیات الکسر والرّض لم یذکرها الماتن المحقّق قدس سره نتعرّض لها ولمبانیها فی ضوء الأدلّه استیفاء للمطالب، ولنبحث علی وفق متن تکمله المنهاج.

دیه رضّ الصدر

[1] لم یتعرّض الأکثر لذلک ولکن ورد دیه رضّ الصدر بحیث انثنی کلا شقّیه یعنی طرفه الأیمن والأیسر أو أحد شقّیه فی المعتبره من کتاب ظریف(1).

وکذا الحال فی انثناء الکتفین أو انثناء إحداهما، والکتف جمعه أکتاف عظم عریض خلف المنکب، والمنکب کما یأتی مجتمع رأس الکتف والعضد، والموضحه الجرح النافذ فی اللحم بحیث یقشر السمحاق فیظهر بیاض العظم والعضد من المرفق إلی الکتف.

وقد روی الکلینی بأسانیده إلی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: فی الصدر إذا رضّ فثنّی شقّیه کلیهما فدیته خمسمئه دینار، ودیه أحد شقّیه إذا انثنی مئتان وخمسون دیناراً، وإذا انثنی الصدر والکتفان فدیته ألف دینار، وإن انثنی أحد شقی الصدر وأحد الکتفین فدیته خمسمئه دینار، ودیه موضحه الصدر خمسه وعشرون دیناراً، ودیه موضحه الکتفین والظهر خمسه وعشرون دیناراً، وإن اعتری الرجل من ذلک صعر لا یستطیع أن یلتفت فدیته خمسمئه دینار(2). وظاهرها أنّ دیه

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 304 ، الباب 13 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

2- (2) الكافى 7 : 338 ، الحديث 11.

مسأله 320: فی کسر المنکب إذا جبر علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الید مئه دینار[1] وفی صدعه ثمانون دیناراً، وفی موضحته خمسه وعشرون دیناراً، وکذلک الحال فی نقبه، وفی نقل عظامه خمسون دیناراً، وفی رضّه إذا عثم ثلث دیه النفس وفی فکّه ثلاثون دیناراً.

الشَرح:

کلّ من موضحه الصدر وموضحه الظهر وکلّ من الکتفین خمسه وعشرون دیناراً، وحیث إنّه لیس فی البین ما یعارضها وقد ذکرنا اعتبار ما ورد فی کتاب ظریف فالمتعیّن الأخذ به، وهذا فیما إذا لم توجب جنایه رضّ الصدر موته وإلاّ تثبت دیه النفس إذا کان خطأ أو یثبت القصاص إذا کانت عمدیّاً علی ما تقدّم من الاعتبار فی ثبوت حقّ القصاص.

دیه کسرالمنکب

[1] هذا أیضا وارد فی المعتبره فی کتاب ظریف التی رواها الکلینی بأسانیده إلی ذلک الکتاب وفیها: دیه المنکب (الذی هو مجمع رأس الکتف والعضد) إذا کسر خمس دیه الید مئه دینار فإن کان فی المنکب صدع فدیته أربعه أخماس دیه کسره ثمانون دیناراً، فإن أوضح فدیته ربع دیه کسره خمسه وعشرون دیناراً، فإن نقلت منه العظام فدیته مئه وخمسه وسبعون دیناراً، منها مئه دینار دیه لکسره، وخمسون دیناراً لنقل عظامه، وخمسه وعشرون دیناراً لموضحته، فإن کانت ناقبه فدیتها ربع دیه کسره خسمه وعشرون دیناراً، فإن رضّ فعثم فدیته ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن فکّ فدیته ثلاثون دیناراً(1).

والمراد من النقب الجرح الذی یری داخله ویعبّر عنه بالناقبه.

وقد یقال إنّ فی رضّ العضو ثلث دیه ذلک العضو إذا عثم، وعلیه فلا یکون دیه رضّ المنکب ثلث دیه النفس فما ورد فی المعتبره فی رضّ المنکب إذا عثم من ثلث

1- (1) الکافی 7 : 334 ، الحدیث 10.

مسأله 321: فی کسر العضد إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الید[1] وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وکذلک فی نقبها، وفی نقل عظامها خمسون دیناراً.

مسأله 322: فی کسر الساعد إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه النفس[2] وفی کسر إحدی قصبتی الساعد إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، وفی صدعها ثمانون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وفی نقل عظامها مئه دینار، وفی نقبها اثنا عشر دیناراً ونصف دینار، وفی نافذتها خمسون دیناراً، وفی قرحتها التی لا تبرأ ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار.

الشَرح:

دیه النفس محمول علی رضّ المنکب الموجب عثمها الشلل فیکون دیتها ثلثی دیه الید.

ولکن لا یمکن المساعده علیه فإنّ مجرّد الاستبعاد لا یوجب طرح ظهورالروایه إذا لم یکن لها قرینه أو معارض.

دیه کسر العضد

[1] قد ورد ذلک فی المعتبره عن کتاب ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی العضد إذا انکسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب فدیتها خمس دیه الید مئه دینار، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقل عظامها نصف دیه کسرها خمسون دیناراً، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً(1).

دیه کسر الساعد

[2] قد ورد ذلک فی ما روی فی التهذیب(2) والفقیه عن کتاب ظریف فإنّه روی فی الفقیه عن الکتاب: «وفی الساعد إذا کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 300 ، الباب 10 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) التهذيب 10 : 301 ، الحديث 26.

....

الشَرح:

النفس ثلاثمئه دينار وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، فإن كان كسر إحدي القصبتين من الساعد فديته خمس ديه اليد مئه دينار، وفى إحداهما أيضاً فى الكسر لأحد الزندين خمسون ديناراً، وفى كليهما مئه دينار، فإن انصدع إحدي القصبتين ففيهما أربعه أخماس ديه إحدى قصبتى الساعد ثمانون ديناراً، وديه موضحتها ربع كسرها خمسه وعشرون ديناراً، وديه نقل عظامها مئه دينار، وذلک خمس ديه اليد، وإن كانت ناقبه فديتها ربع ديه كسرها خمسه وعشرون ديناراً، وديه نقبها نصف ديه موضحتها اثنا عشر ديناراً ونصف دينار، وديه نافذتهما خمسون ديناراً فإن صارت فيه قرحه لا تبرأ فديتها ثلث ديه الساعد ثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار وذلک ثلث ديه الذى هو فيه(1).

أقول: المروى فى الفقيه والتهذيب: أنّ ديه كسر الساعد إذا انجبر من غير عثم ولا عيب ثلث ديه النفس. ولكن ما فى الكافى فى نسخه على ما فى الوسائل: وفى الساعد إذا كسر ثمّ جبر على غير عثم ولا عيب فديته خمس ديه اليد مئه دينار(2). ويقال إنّ نسخ الكافى مختلفه، وفى بعضها ديه كسر الساعد كما فى الفقيه والتهذيب: ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار. وعلى ذلک تسقط روايه الكافى لاختلاف النسخ عن الاعتبار ويؤخذ بما فى الفقيه والتهذيب لعدم اختلاف نسخهما ويثبت ثلث الديه.

وأمّا فى كسر إحدى القصبتين من الساعد ففيما رواه عن الكافى فى الوسائل الروايه مختلفه حيث ورد فيه أنّ فى كسر قصبتى الساعد مئه دينار وورد فيه أيضاً: إن انصدعت إحدى القصبتين أربعه أخماس إحدى قصبتى الساعد ثمانون ديناراً. فيكون على ذلک فى كسر إحدى القصبتين مئه دينار فيؤخذ أيضاً بما فى الفقيه.

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 84 ، الحديث 5150.
2- (2) الكافى 7 : 335 ، الحديث 10 ، الوسائل الشيعه 29 : 301 ، الباب 11 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

مسأله 323 : فی کسر المرفق إذا جبر علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، وفی صدعه ثمانون دیناراً، وفی نقل عظامه خمسون دیناراً، وفی نقبه خمسه وعشرون دیناراً وکذلک موضحته، وفی فکّه ثلاثون دیناراً، وفی رضّه إذا عثم ثلث دیه النفس[1].

الشَرح:

وأمّا ما فی التهذیب من أنّ فی: انصداع إحدی القصبتین أربعه أخماس دیه إحدی القصبتین أربعون دیناراً(1). ف (أربعون) غلط النسخه یقیناً حیث روی دیه کسر إحداهما مئه دینار وأربعه أخماسها یکون ثمانین لا أربعین.

هذا کلّه بالإضافه إلی اختلاف النقل، وقد ظهر أنّ ثلث دیه النفس یثبت فی رضّ المنکب إذا عثم وفی کسر الساعد إذا جبر من غیر عثم ولا عیب. وفی کلا الأمرین یناقش بأنّهما علی خلاف فتوی المشهور بأنّ الکسر فی عضو إذا انجبر مع عثم وعیب یکون فیه ثلث دیه العضو لا ثلث دیه النفس، وأنّه إذا انجبر من غیر عثم ولا عیب یکون دیته خمس دیه ذلک العضو، وعلیه فیکون فی المرفق والساعد إذا انجبرتا من غیر عثم ولا عیب فدیه کلّ منهما مئه دینار، وإذا انجبرتا مع عثم وعیب فدیه کلّ منهما ثلث دیه الید أی مئه وسته وستون دیناراً وثلثا دینار، وذکر أنّه یحمل ما ورد فی المنکب علی صوره شلل العضو، وأنّ الحمل لا موجب له بعد ثبوت ثلث دیه النفس فی کسر الساعد مع عدم عثم عیب ولا بأس أن یقال ما ورد فی کسر الساعد إذا انجبر بنحو أوجب شلل الساعد، وکذا فی کسر المرفق یثبت فی کلّ منهما ثلثا دیتهما.

دیه کسر المرفق

[1] کما ورد فی معتبره ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام ورد: فی المرفق إذا کسر

1- (1) التهذیب 10 : 301 ، الحدیث 26.

مسأله 324 : فی کسر کلا الزندین إذا جبر علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، وفی کسر إحداهما خمسون دیناراً[1] وفینقل عظامها نصف دیه کسرها.

مسأله 325 : فی رضّ أحد الزندین إذا جبر علی غیر عیب ولا عثم ثلث دیه الید[2].

الشَرح:

فجبر علی غیر عثم ولا عیب فدیته مئه دینار وذلک خمس دیه الید، وإن انصدع فدیته أربعه أخماس کسره ثمانون دیناراً، فإن نقل منه العظام فدیته مئه وخمسه وسبعون دیناراً: للکسر مئه دینار، ولنقل العظام خمسون دیناراً، وللموضحه خسمه وعشرون دیناراً، فإن کانت فیه ناقبه فدیتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، فإن رضّ المرفق فعثم فدیته ثلث دیه النفس ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن کان فکّ فدیته ثلاثون دیناراً(1).

دیه کسر الزند

[1] وقد ورد فی المعتبره من کتاب ظریف فی ضمن بیان دیه کسر الساعد: وفی الکسر لأحد الزندین خمسون دیناراً، وفی کلیهما مئه دینار(2).

[2] وفیه أیضاً أنّ الرسغ إذا رضّ فجبر علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه الید مئه دینار وسته وستّون دیناراً وثلثا دینار، قال فی التهذیب: قال الخلیل: الرسغ مفصل ما بین الساعد والکف(3). وعلی ذلک یکون المراد من الرسغ والزند شیئاً واحداً، ویکون فیالزند إذا رضّ وجبر علی غیر عیب ونقص ثلث دیه الید مئه دینار وسته وستون دیناراً وثلثا دینار.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 300 ، الباب 10 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 301 ، الباب 11 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
3- (3) التهذيب 10 : 302 ، وانظر كتاب العين 4 : 377 ، ماده «رسغ».

مسأله 326 : فی کسر الکفّ إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب أربعون دیناراً، وفی صدعها اثنان وثلاثون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وفی نقل عظامها عشرون دیناراً ونصف دینار، وفی نقبها ربع دیه کسرها وفی قرحه لا تبرأ ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار[1].

الشَرح:

دیه کسر الکف

[1] قد ورد فی معتبره ظریف: وفی الکف إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب فدیتها أربعون دیناراً، ودیه صدعها أربعه أخماس دیه کسرها اثنان وثلاثون دیناراً، ودیه موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقل عظامها عشرون دیناراً ونصف دینار، ودیه نقبها ربع دیه کسرها عشره دنانیر، ودیه قرحه لا تبرأ ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار(1).

أقول: ظاهر الکفّ فی المعتبره حیث ذکر بعد دیه کسر قصبه الأصابع ومفاصلها، مقابل الأصابع، والمذکور من الدیه کماتری دیه کسر الکفّ ودیه صدعها ودیه موضحتها ودیه نقل عظامها التی تضاف إلی دیه الکسر ودیه نقب الکفّ والقرحه التی حدثت فیها فلا تبرأ.

ولکن ورد فی المعتبره أیضاً: ودیه الکف إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الید مئه دینار، وإن فکّ الکفّ فدیته ثلث دیه الید مئه دینار وسته وستون دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها ربع دیه کسرها خسمه وعشرون دیناراً، ودیه نقل عظامها خمسون دیناراً نصف دیه کسرها، وفی نافذتها إن لم تنسدّ خمس دیه الید مئه دیناراً، فإن کانت ناقبه فدیتها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً(2).

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 302 ، الباب 12 من أبواب دیات الأعضاء، نهایه الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 302 ، الباب 11 من أبواب دیات الأعضاء، نهایه الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

فيختلف الوارد فيها فى ديه كسر الكفّ وديه نقل العظام وديه النقب، وهذا الاختلاف فى المعتبره موجود فى نقل الشيخ والصدوق(1) (قدس سرّهما) أيضاً.

وقد يقال بحمل الأوّل على الكفّ الزائد والثانى على الكفّ الأصلى.

كما يقال بغلط النسخه حيث إنّ ما نقلنا ثانياً كان ديه الكتف لا ديه الكفّ وما نقلنا أوّلاً ديه الكفّ فيكون ديه كسر الكفّ مثل ديه المنكب.

ولكن شىء من الأمرين لا يمكن إثباته فالواردتان فى المعتبره فى موضعين منها متعارضتان، ويقال بأنّه يبنى على الأقل حيث إنّ النقلين فى كلّ من الموضعين متّفقان فى ثبوت الأقل والزائد يدفع بأصاله البراءه.

وبتعبير آخر، بما أنّ الديه من باب الدين وأجزاءه من قبيل الأقلّ والأكثر الاستقلاليين تكون المعارضه بين الدليلين المختلفين فى ثبوت الأقلّ والأكثر فى ناحيه ثبوت الزائد وعدمه، وأمّا بالإضافه إلى ثبوت الأقلّ لا يكون بينهما تعارض.

ويجىء ذلک فى ناحيه ديه القرحه فى الكفّ التى لا تبرأ فإنّ الوارد فيذيل النقل الثانى فإن كان فى الكفّ قرحه لا تبرأ فديتها ثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار فإنّه ثلث ديه كسر الكفّ إذا كان ديه كسرها مئه ديناراً، والوارد فى المعتبره فى الموضع الأوّل وديه القرحه يعنى قرحه الكفّ التى لا تبرأ ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار وهذا يساوى مع ثلث ديه كسر الكفّ إذا كان ديه كسرها أربعين ديناراً، وقد ذكرنا أنّ المعارضه فى مثل ذلک يوجب الاقتصار بالأقل والرجوع فيالمقدار الأكثر إلى أصاله العدم.

ثمّ إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا الحال فى الاختلاف الوارد فى المعتبره فى نقل العظام

1- (1) التهذيب 10 : 302 ، الحديث 26 ، من لا يحضره الفقيه 4 : 85 ، الحديث 5150.

....

الشَرح:

حيث إنّ الوارد فى المورد الأوّل أنّها عشرون ديناراً ونصف دينار، والمورد الثانى أنّها خمسون ديناراً فيثبت الأقل، ولكن ورد فى المعتبره أنّ ديه نقل العظام نصف ديه كلّ عظم، وبما أنّه لم يتعيّن فيالفرض حدّ لديه كسر الكفّ إلاّ بمقدار الأقل كما تقدمّ لا يمكن الأخذ بالعموم المذكور فى نقل عظام كسر الكفّ.

والحاصل أنّ ما فى معتبره ظريف التى نقلها فى الوسائل فى باب 12 من أبواب ديات الأعضاء: وديه قرحه فى الكف التى لا تبرأ ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار، وورد فيها قبل ذلک: فإن كان فى الكف قرحه لا تبرأ فديتها ثلاثه وثلاثون وثلث دينار(1).

وورد فى ما رواه فى الباب الثانى من ديات الشجاج والجراح من صحيحه يونس: وفى قرحه لا تبرأ ثلث ديه العظم الذى هو فيه(2).

وعليه فإن كان ديه كسر الكف أربعين ديناراً فثلثه يكون ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار، وإذا كانت ديه كسرها مئه دينار تكون ديه القرحه ثلاثه وثلاثون وثلث دينار، ومع التعارض كما ذكرنا يؤخذ بالأقل على ما تقدّم بيانه.

وورد أيضاً فى صحيحه يونس المتقدّمه: وفى نقل عظامه نصف ديه كسره(3). مع أنّه قد ورد فى معتبره ظريف بعد بيان أنّ ديه كسر الكف أربعون ديناراً أنّ ديه نقل عظام الكفّ عشرون ديناراً ونصف، مع أنّ مقتضى عموم صحيحه يونس أن يكون ديه نقل عظام الكفّ عشرين لا عشرين ونصف، ولا مانع من الالتزام بأنّ زياده نصف دينار فى نقل عظام الكف وأنّ ذلک تخصيص للعموم الوارد فى صحيحه يونس.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 303 - 304 ، الباب 12 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 378 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 3.

3- (3) المصدر السابق.

مسأله 327 : فی کسر قصبه إبهام الکفّ إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وفی صدعها سته وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی نقل عظامها سته عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی نقبها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی فکّها عشره دنانیر[1].

مسأله 328 : فی کسر کلّ قصبه من قصب أصابع الکفّ دون الإبهام إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب عشرون دیناراً وثلثا دینار[2]. وفی موضحه کلّ قصبه من تلک القصب الأربع أربعه دنانیر وسدس دینار، وفی نقل کلّ قصبه منهنّ ثمانیه دنانیر وثلث دینار.

الشَرح:

دیه قصبه الإبهام

[1] ورد ذلک فی معتبره ظریف حیث ورد فیها: أنّ دیه قصبه الإبهام التی فی الکفّ تجبر علی غیرعثم خمس دیه الإبهام ثلاثه وثلاثون وثلث دینار، إذا استوی جبرها وثبت، ودیه صدعها سته وعشرون دیناراً وثلثا دینار، ودیه موضحتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار ودیه نقل عظامها سته عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه نقبها ثمانیه دنانیر وثلث دینار نصف دیه نقل عظامها، ودیه موضحتها نصف دیه ناقلتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، ودیه فکّها عشره دنانیر(1) وحیث لم یرد فیها ولا فی غیرها ما یعارضها تعیّن الأخذ بها.

دیه کسر قصبه الأصابع

[2] وقد ورد فی معتبره ظریف المتقدّمه: ودیه قصب أصابع الکفّ سوی الإبهام فی کلّ قصبه عشرون دیناراً وثلثا دینار، ودیه موضحته فی کلّ قصبه من القصب الأربع أصابع أربعه دنانیر وسدس دینار ونقل کلّ قصبه منهنّ ثمانیه دنانیر وثلث دینار.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 302 - 303 ، الباب 12 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله 329 : فی کسر المفصل الذی فیه الظفر من الإبهام فی الکفّ إذاجبر علی غیر عیب ولا عثم سته عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها أربعه دنانیر وسدس دینار وکذا فی نقبها وفی صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، وفی نقل عظامها خمسه دنانیر[1].

مسأله 330 : فی کسر کلّ مفصل من الأصابع الأربع التی تلی الکفّ غیر الإبهام سته عشر دیناراً وثلثا دینار[2] وفی صدع کلّ قصبه منهنّ ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، وفی نقل عظامها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی موضحتها أربعه دنانیر وسدس دینار وکذلک فی نقبها وفی فکّها خمسه دنانیر.

الشَرح:

دیه کسر المفصل الذی فیه الظفر من الإبهام

[1] کما ورد فی معتبره ظریف: ودیه المفصل الثانی من أعلی الإبهام إن کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب سته عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه الموضحه إن کانت فیها أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه ثقبها أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه نقل عظامها خمس دنانیر(1).

دیه کسر المفصل من الأصابع

[2] للأصابع الأربعه غیر الإبهام لکلّ منها ثلاثه مفاصل، وفی کسر کلّ مفصل من تلک الأصابع دیه المفصل الذی تلی الکفّ سته عشر دیناراً، وفی صدع کلّ قصبه منهن ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ونقل عظامها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی موضحتها أربعه دنانیر وسدس دینار وکذا فی نقبها وفی فکّها خمسه دنانیر حیث ورد فی المعتبره المقدمّه: ودیه کسر کلّ مفصل من الأصابع الأربع التی تلی الکفّ سته عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی صدع کلّ قصبه منهن ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، فإن کان فی الکفّ قرحه لا تبرأ فدیتها ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وفی نقل عظامها

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 302 303 ، الباب 12 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

مسأله 331 : فی کسر المفصل الأوسط[1] من الأصابع الأربع أحد عشر دیناراً وثلث دینار، وفی صدعه ثمانیه دنانیر ونصف دینار، وفی موضحته دیناران وثلث دینار، وکذا فی نقبه، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث دینار، وفی فکّه ثلاثه دنانیر وثلثا دینار.

مسأله 332 : فی کسر المفصل الأعلی من الأصابع الأربع[2] خمسه دنانیر وأربعه أخماس دینار وفی صدعه أربعه دنانیر وخمس دینار، وفی موضحته دیناران وثلث دینار، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث دینار، وفی نقبه دیناران وثلثا دینار، وفی فکّه ثلاثه دنانیر وثلثا دینار.

الشَرح:

ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی موضحته أربعه دنانیر وسدس دینار، وفی نقبه أربعه دنانیر وسدس دینار. وفی فکّه خمسه دنانیر(1). وقد ذکرنا حیث لا معارض لذلک غیر ما ذکر فی القرحه التی لا تبرأ یؤخذ بما ورد فیها.

دیه کسر المفصل الأوسط

[1] قد ورد فی المعتبره المتقدّمه: ودیه المفصل الأوسط من الأصابع الأربع إذا قطع خمسه وخمسون دیناراً وثلث دینار، وفی کسره أحد عشر دیناراً وثلث دینار وفی صدعه ثمانیه دنانیر ونصف دینار، وفی موضحته دیناران وثلثا دینار، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث دینار، وفی نقبه دیناران وثلثا دینار، وفی فکّه ثلاثه دنانیر وثلثا دینار(2).

دیه کسر المفصل الأعلی

[2] وورد فیها أیضاً: وفی المفصل الأعلی من الأصابع الأربع إذا قطع سبعه وعشرون دیناراً ونصف وربع ونصف عشر دینار، وفی کسره خمسه دنانیر وأربعه

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 302 - 303 ، الباب 12 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
2- (2) المصدر المتقدم.

مسأله 333 : فی الورک إذا کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب خمس[1] دیه الرجل، وفی صدعه أربعه أخماس دیه کسره، وفی موضحته ربع دیه کسره، وفی نقل عظامه خمسون دیناراً، وفی رضّه إذا عثم ثلث دیه النفس، والأقرب أنّ دیه فکّه ثلاثون دیناراً.

الشَرح:

أخماس دینار، وفی صدعه أربعه دنانیر وخمس دینار، وفی موضحته دیناران وثلث دینار، وفی نقل عظامه خمسه دنانیر وثلث، وورد فی المعتبره أیضاً: وفی ظفر کلّ إصبع منها خمسه دنانیر(1).

دیه الورک

[1] ویشهد لذلک ما فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه قال: فی الورک إذا کسر فجبر علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، وإن صدع الورک فدیته مئه وستون دیناراً أربعه أخماس دیه کسره، فإن أوضحت فدیته ربع دیه کسره خمسون دیناراً، ودیه نقل عظامه مئه وخمسه وسبعون: لکسرها مئه دینار، ولنقل عظامها خمسون دیناراً، ولموضحتها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه فکّها ثلاثون دیناراً، فإن رضّت فعثمت فدیتها ثلاثمئه دینار وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار الحدیث(2).

وظاهر خمس دیه الرجلین أنّ الدیه کذلک فی کسر الورکین فیکون فی کسر أحدهما نصفها، وکذا فی صدع أحدهما ویدلّ علی ذلک: ودیه نقل عظامها مئه وخمسه وسبعون دیناراً مئه دینار لکسرها ولنقل عظامها خمسون دیناراً ولموضحتها خمسه وعشرین دیناراً.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 302 - 304 ، الباب 12 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 306 - 307 ، الباب 15 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله 334 : فی الفخذ إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه[1] الرجل فإن عثمت فدیتها ثلث دیه الرجل وفی صدعهاثمانون دیناراً وفی موضحتها ربع دیه کسرها وکذلک فی نقبها، وفینقل عظامها نصف دیه کسرها، وإن کانت فیها قرحه لا تبرأ فدیتها ثلث دیه کسرها.

الشَرح:

دیه الفخذ

[1] وفی الفخذ علی ما فی کتاب ظریف: إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، فإن عثمت فدیتها ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، وذلک ثلث دیه النفس، ودیه صدع الفخذ أربعه أخماس دیه کسرها مئه دینار وستون دیناراً، فإن کانت قرحه لا تبرأ فدیتها ثلث دیه کسرها ستّه وستّون دیناراً وثلثا دینار، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، ودیه نقل عظامها نصف دیه کسرها مئه دینار، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً(1).

والمفروض فی ظاهر ما ذکر الجنایه علی کلا الفخذین نظیر فرض الجنایه علی الورک قبل ذلک. وعلیه یکون فی کسر إحدی الفخذین مئه دینار، ومع عثمها فالدیه ثلث دیه الرجل یعنی المئه وستّه وستّین دیناراً وثلثا دینار، وفی صدع إحدی الفخذین ثمانون دیناراً أربعه أخماس دیه کسرها فإن کانت فی إحدی الفخذین قرحه لا تبرأ فدیتها ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسه وعشرون دیناراً، کما هو الحال أیضاً فی موضحه إحداهما، ودیه نقل عظامها نصف دیه کسرها خمسون دیناراً.

ص :233

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 306 - 307 ، الباب 15 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله 335 : فی کسر الرکبه إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار[1] وفی صدعها ثمانون دیناراً وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً وکذلک فی نقبها، وفی نقل عظامها خمسون دیناراً، ودیه فکّها ثلاثون دیناراً، وفی رضّها إذا عثمت ثلث دیه النفس وفی قرحتها التی لا تبرأ ثلث دیه کسرها.

الشَرح:

دیه کسر الرکبه

[1] الوارد فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: وفی الرکبه إذا کسرت وجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، فإن انصدعت فدیتها أربعه أخماس دیه کسرها مئه وستون دیناراً، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، ودیه نقل عظامها مئه دینار وخمسه وسبعون دیناراً: منها دیه کسرها مئه دینار، وفی نقل عظامها خمسون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، ودیه نقبها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، فإن رضّت فعثمت ففیها ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن فکّت فدیتها ثلاثه أجزاء من دیه الکسر ثلاثون دیناراً(1).

ولا یخفی أنّ ما ذکر فیها من قوله: وفی الرکبه إذا کسرت إلی قوله: ودیه نقل عظامها، یرجع إلی فرض الجنایه علی کلا الرکبتین بقرینه ما فسّر من أنّ فی نقل عظامها مئه وخمسه وسبعون دیناراً بأنّ مئه دینار دیه کسرها وفینقل عظامها خمسون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، فیکون ما ذکر من تحدید دیه الکسر بمئتین ودیه الانصداع بمئه وستّین، ودیه الموضحه بخمسین دیناراً بفرض الجنایه علی کلتیهما، وما ورد فی دیه نقبها من أنّ دیته ربع دیه کسرها خمسون دیناراً فرض أیضاً للنقب فی کلتا الرکبتین بقرینه أنّ المئتین ربعهما خمسون دیناراً فیکون دیه کسر إحداهما مئه وربعها خمسه وعشرون دیناراً.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 307 - 308 ، الباب 16 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

مسأله 336 : فی کسر الساق إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار[1] ومع العثم مئه وستون دیناراً وثلثا دینار، وفی صدعها ثمانون دیناراً، وفی موضحتها خمسه وعشرون دیناراً وکذلک فی نقل عظامها وفی نفوذها ودیه نقبها نصف دیه موضحتها، وفی قرحتها التی لا تبرأ ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار.

الشَرح:

وأمّا ما ورد فی دیه الرضّ فعثمت ففیها ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار فلا یبعد أن تکون دیتها فی الجنایه فی إحداهما کذلک إذا کان العثم یوجب شلل الرکبه نوعاً والشلل فی عضو یوجب الدیه بثلثی دیه العضو وثلثا دیه الرجل أو الرکبه ثلث دیه النفس، وما ورد فیه من أنّ فإن فکّت فدیتها ثلاثه أجزاء من دیه الکسر أیضاً فرض لوقوع الفکّ فی أحدهما بقرینه ثلاثون دیناراً حیث إنّه ثلاثه أجزاء من دیه الکسر فی إحداهما.

دیه کسر الساق

[1] قد ورد فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام فی ذیل دیه کسر الرکبه: وفی الساق إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجلین مئتا دینار، ودیه صدعها أربعه أخماس دیه کسرها مئه وستون دیناراً، وفی موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، وفی نقبها نصف موضحتها خمسه وعشرون دیناراً، وفی نقل عظامها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، وفی نفوذها ربع دیه کسرها خمسون، وفی قرحه لا تبرأ ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، فإن عثم الساق فدیتها ثلث دیه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، الحدیث(1) والظاهر فرض القرحه فی إحدی الساقین للعموم الوارد فی صحیحه یونس من قوله: وفی قرحه لا تبرأ(2).

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 307 - 308 ، الباب 16 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 378 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 3.

مسأله 337 : فی رضّ الکعبین إذا جبرتا علی غیرعثم ولا عیب ثلث دیه النفس، وفی رضّ إحداهما إذا جبرت علی غیر عثم ولا عیب نصف ذلک[1].

مسأله 338 : فی القدم إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار[2] وفی موضحتها ربع دیه کسرها، وفی نقل عظامها نصف دیه کسرها، وفی نافذتها التی لا تنسدّ مئه دینار، وفی ناقبتها ربع دیه کسرها.

الشَرح:

دیه رضّ الکعبین

[1] وفی کتاب ظریف فی ذیل دیه الرکبه والساق: وفی الکعب إذا رضّ فجبر علی غیر عثم ولا عیب ثلث دیه الرجلین ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار(1). وقد تقدّم أنّ ما تقدّم علیه من دیه الرکبه والساق قرینه علی فرض الکسر فی کلتیهما ویکون فی رضّ واحده منهما مع جبرها من غیر عثم وعیب نصف ثلث دیه الرجلین یعنی سدس دیه الرجلین.

دیه کسر القدم

[2] المراد من کسر القدم کسر غیر الکعب وغیر أصابع القدم فإنّها إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب مئه دینار، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها، وفی نقل عظامها نصف دیه کسرها، وفی نافذتها التی لا تنسدّ مئه دینار، وفیناقبتها ربع دیه کسرها، وفی کتاب ظریف، عن أمیر المؤمنین علیه السلام : القدم إذا کسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب خمس دیه الرجل مئتا دینار، ودیه موضحتها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً، وفینقل عظامها مئه دینار نصف دیه کسرها، وفی نافذه فیها لا تنسدّ خمس دیه الرجل مئتا دینار، وفی ناقبه فیها ربع دیه کسرها خمسون دیناراً(2). وظاهر ما فی الکتاب فرض إصابه الکسر علی کلتا القدمین بقرینه ما تقدّم من أنّ دیه کسر

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 307 - 308 ،الباب 16 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 308 ، الباب 17 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

مسأله 339 : دیه کسر قصبه الإبهام التی تلی القدم کدیه قصبه الإبهام من الید[1] وفی نقل عظامها ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وکذلک الحال فی صدعها، ودیه موضحتها ونقبها وفکّها کدیتها فی الید، ودیه کسر الأعلی من الإبهام وهو الثانی الذی فیه الظفر کدیه کسر الأعلی من الإبهام فی الید، وکذلک الحال فی موضحتها ونقبها وصدعها، وفی نقل عظامها ثمانیه دنانیر وثلث دینار.

الشَرح:

واحده من الرجلین مئه دینار، فتحدید الدیه بمئتین یتمّ مع فرض وقوع الکسر علی کلتا الرجلین، وبهذا یظهر الحال فیما ورد فی الکتاب فی موضحتها ونقل عظامها ونافذتها وناقبتها.

دیه کسر قصبه الإبهام

[1] الوارد فی کتاب ظریف: ففی الإبهام ثلث دیه الرجل (الرجلین) ثلاثمئه وثلاثون دیناراً وثلث دینار، ودیه کسر قصبه الإبهام التی تلی القدم خمس دیه الإبهام ستّه وستّون دیناراً وثلثا دینار، وفی نقل عظامها ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وفی صدعها ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، وفی موضحتها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی نقبها ثمانیه دنانیر وثلث دینار، وفی فکّها عشره دنانیر(1).

أقول: الوارد فی الکتاب ناظر إلی قطع الإبهام من کلتا القدمین، وکذلک دیه کسر قصبته الإبهام حیث إنّ ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون وثلث دینار ثلث دیه الرجلین، وکذا فی کسر قصبه الإبهام ستّه وستّون وثلثا دینار خمس دیه الإبهامین لا دیه أحد الإبهامین.

ثمّ إنّ الوارد فیها أنّ دیه نقل عظام قصبه الإبهام ستّه وعشرون دیناراً وثلثا دینار، ولکن الوارد فیما رواه الکلینی أیضاً فی صحیحه یونس، عن أبی الحسن علیه السلام أنّ دیه نقل عظام کلّ کسر نصف دیه الکسر(2). وعلیه یکون دیه نقل عظام القصبه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 308 ، الباب 17 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) الكافى 7 : 327 ، الحديث 5.

وفى فكّها خمسه دنانير[1] وفى كسر قصبه كلّ من الأصابع الأربعه سوى الإبهام ستّه عشر ديناراً وثلثا دينار، وديه صدعها[2] ثلاثه عشر ديناراً وثلث دينار، وديه موضّحتها ونقبها ونقل عظامها كديتها فى اليد، وفى قرحه لا تبرأ فى القدم ثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار.

الشَرح:

نصف ديه كسره أى ستّه عشر ديناراً وثلثا دينار كما فى نقل عظم قصبه الإبهام من اليد فلابدّ من الالتزام بأنّ النقل فى عظام قصبه الإبهام مما يلى القدم خارج عن العموم المذكور وأمّا ديه الصدع والموضحه والنقب والفك كما تقدّم فى إبهام اليد.

ديه فك قصبه الإبهام

[1] وفى كتاب ظريف، عن أمير المؤمنين عليه السلام : وديه المفصل الأعلى من الإبهام وهو الثانى الذى فيه الظّفر ستّه عشر ديناراً وثلثا دينار، وفى موضحته أربعه دنانير وسدس، وفى نقل عظامه ثمانيه دنانير وثلث، وفى ناقبته أربعه دنانير وسدس، وفى صدعها ثلاثه عشر ديناراً وثلث، وفى فكّها خمسه دنانير(1).

ديه كسر قصبه أصابع الرجل

[2] وفى كتاب ظريف أيضاً بعد نقل ديه المفصل الأعلى من الإبهام وديه الإصبع ديه كلّ إصبع منها سدس ديه الرجل ثلاثه وثمانون ديناراً وثلث دينار(2).

أقول: المراد ديه قطع كلّ إصبع من الأصابع الأربع فإنّ ديته سدس ديه الرجل الواحده بقرينه تعيين ثلاثه وثمانين وثلث دينار فإنّ سدس خمسمئه دينار يساوى ما ذكر، والوارد فى الكتاب بعد ذلک: وديه قصبه الأربع سوى الإبهام ديه كلّ قصبه منهن ستّه عشر دينار وثلثا دينار، وديه موضحه كلّ قصبه منهنّ أربعه دنانير وسدس دينار،

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 308 - 309 ، الباب 17 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) المصدر السابق.

مسأله 340 : فی کسر المفصل الأخیر من کلّ من الأصابع الأربع من القدم غیر الإبهام ستّه عشر دیناراً[1] وثلث دینار، وفی صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، وفی کسر المفصل الأوسط من الأصابع الأربع أحد عشر دیناراً وثلثا دینار، وفی صدعها ثمانیه دنانیر وأربعه أخماس دینار، وفی موضحتها دیناران، وفی نقل عظامها خمسه دنانیر وثلثا دینار، ودیه نقبها کدیته فی الید، وفی فکّها ثلاثه دنانیر، ودیه کسر المفصل الأعلی منها کدیته فی الید، وکذلک فیصدعها، وفی موضحتها دینار وثلث دینار، وکذلک فی نقبها، وفی نقل عظامها دیناران وخمس دینار، وفی فکّها دیناران وأربعه أخماس دینار.

الشَرح:

ودیه نقل عظم کلّ قصبه منهن ثمانیه دنانیر وثلث دینار، ودیه صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلثا دینار، ودیه نقب کلّ قصبه منهن أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه قرحه لا تبرأ فی القدم ثلاثه وثلاثون دیناراً وثلث دینار(1). وما فی المذکور ودیه قصبه الأربع سوی الإبهام دیه کلّ ستّه عشر دیناراً المراد دیه کسرها بقرینه ذکر دیه القطع قبل ذلک وکونه تعییناً لدیه الکسر فی مقابل دیه کسر الإبهام.

دیه کسر المفصل الأخیر من أصابع القدم غیر الإبهام

[1] قد ورد فی الکتاب بعد نقل ما ذکر: ودیه کسر کلّ مفصل من الأصابع الأربع التی تلی القدم ستّه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه صدعها ثلاثه عشر دیناراً وثلث دینار، ودیه نقل عظام کلّ قصبه منهنّ ثمانیه دنانیر وثلث دینار، ودیه موضحه کلّ قصبه منهنّ أربعه دنانیر وسدس دینار، ودیه نقبها أربعه دنانیر وسدس دینار ودیه فکّها خمسه دنانیر وفی المفصل الأوسط من الأصابع الأربع إذا قطع فدیته خمسه وخمسون دیناراً وثلثا دینار، ودیه کسره أحد عشر دیناراً وثلثا دینار ودیه صدعه

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 308 - 309 ، الباب 17 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

....

الشَرح:

ثمانيه دنانير وأربعه أخماس دينار، وديه موضحته ديناران، وديه نقل عظامه خمسه دنانير وثلثا دينار وديه نقبه ديناران وثلثا دينار، وديه فكّه ثمانيه دنانير (ثلاثه دنانير وثلثا دينار) وفى المفصل الأعلى من الأصابع الأربع التى فيها الظفر إذا قطع فديته سبعه وعشرون ديناراً وأربعه أخماس دينار، وديه كسره خسمه دنانير وأربعه أخماس دينار، وديه صدعه أربعه دنانير وخمس دينار، وديه موضحته دينار وثلث دينار، وديه نقل عظامه ديناران وخمس دينار، وديه نقبه دينار وثلث دينار، وديه فكّه ديناران وأربعه أخماس دينار، وديه كلّ ظفر عشره دنانير وفى موضحه الأصابع ثلث ديه الأصابع(1).

ثمّ لا يخفى أنّ الوارد فى كتاب ظريف على نقل الكلينى فى المفصل الثانى أنّ ديه فكّه ثلاثه دنانير(2)، وعلى نقل التهذيب والفقيه ثلاثه دنانير وثلثا دينار(3)، فيكون الأمر فى ديه فكّ المفصل الأوسط مردّده بين الأقل والأكثر فيؤخذ بالأقل أى ثلاثه دنانير على ما تقدّم من قاعده تردّد الدين بين الأقل والأكثر.

وأيضاً لا يخفى أنّ صاحب الوسائل نقل عن الكافى بعد بيان أنّ ديه كلّ ظفر عشره دنانير (وفى موضحه الأصابع ثلث ديه الأصابع) وأضاف إليه قوله: ورواه الصدوق والشيخ كما مرّ(4)، أى مثل ما نقل عن الكافى مع أنّ ما ذكره بعد نقل ديه كلّ ظفر عشره دنانير ليس فى الكافى ولا الفقيه ولا التهذيب، بل مفاده غير صحيح قطعاً، حيث إنّ ديه موضحه الأصابع لا يحتمل كونها أزيد من ديه كسرها، بل

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 309 - 310 ، الباب 17 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) الكافى 7 : 341 ، الحديث 11.
3- (3) التهذيب 10 : 303 ، من لا يحضره الفقيه 4 : 91.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 307 - 308 ، الباب 17 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الرابعه): قال فی المبسوط والخلاف: فی الترقوتین الدیه. وفی کلّ واحده منهما مقدّر عند أصحابنا. ولعلّه إشاره إلی ما ذکره الجماعه عن ظریف، وهو فی الترقوه إذا کسرت وجبرت علی غیر عیب أربعون دیناراً[1].

الشَرح:

لا یناسب مع دیه الموضحه التی ذکرت فی دیات کسر الإصبع وموضحتها فلابدّ من کون ما ذکر من سهو القلم أو غلط النسخه.

وأیضاً ورد فی صحیحه إسحاق بن عمار أو موثقته، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الجرح فی الأصابع إذا أوضح العظم عشر دیه الإصبع إذا لم یرد المجروح أن یقتص» هذا فی الکافی والفقیه(1)، ولکن رواها فی التهذیب(2) وفیه: «نصف عشر دیه الإصبع» وشیء من النقلین لا یناسب ما ذکر فی موضحه الأصابع الوارد فیکتاب ظریف؛ لأنّ الدیه للموضحه فی الأصابع أقلّها دینار وأکثرها أربعه دنانیر وسدس دینار علی اختلاف موارد الجرح، ولا یحتمل أن یکون دیه جرح الإصبع أکثر من دیه موضحه مفاصل الأصابع، وعلی ذلک تعارض هذه مع ما ورد فی کتاب ظریف فیؤخذ بالأقل علی غرار ما تقدّم.

دیه کسر الترقوه

[1] وبعد التعرّض لتلک الفروع علی نهج تکمله المنهاج، نعود إلی شرح ما فی متن الشرائع ونعید الکلام فی الجنایه بکسر الترقوه، وقد ورد فی کتاب ظریف عن أمیر المؤمنین علیه السلام قال: وفی الترقوه إذا انکسرت فجبرت علی غیر عثم ولا عیب أربعون دیناراً فإن انصدعت فدیتها أربعه أخماس کسرها اثنان وثلاثون دیناراً، فإن أوضحت فدیتها خمسه وعشرون دیناراً، وذلک خسمه أجزاء من ثمانیه من دیتها إذا انکسرت، فإن نقل منها العظام فدیتها نصف دیه کسرها عشرون دیناراً، فإن نقبت

1- (1) الکافی 7 : 327 ، الحدیث 7 ، من لا یحضره الفقیه 4 : 137 ، الحدیث 5303.
2- (2) التهذیب 10 : 290 - 291 ، الحدیث 6.

(الخامسه): من داس بطن إنسان حتّى أحدث، ديس بطنه، أو يفتدى ذلک بثلث الديه[1]، وهى روايه السكونى، وفيه ضعف.

الشَرح:

فديتها ربع ديه كسرها(1).

وقد نقل الماتن قدس سره عن الشيخ قدس سره فى الخلاف والمبسوط(2) فى الترقوتين الديه يعنى الديه وفى كلّ واحده منهما مقدّر عند أصحابنا واحتمل أنّ مراد الشيخ قدس سره ما ورد من التقدير المذكور فى كتاب ظريف، ولكنّ الظاهر أنّ مراده قدس سره كما أشرنا ديه النفس وفى كلّ منهما نصفها فى صوره إتلاف الترقوتين أو إحداهما على ما تقرّر فى كلّ ما فى البدن اثنان ففيهما الديه وفى إحداهما نصفها.

ولكن قد يناقش فى شمول ما ذكر لمثل الترقوه التى لا تعدّ عرفاً عضواً فى مقابل سائر الأعضاء من الجسد، وعليه يرجع فى تعيين الديه إلى الحكومه، وكذا ما ورد فى كتاب ظريف من تعيين كسر إحداهما أربعون ديناراً فرض انجباره بغيرعثم وعيب، وأمّا إذا جبرت مع عثم وعيب فلابد من الرجوع إلى الحكومه.

من داس بطن إنسان

[1] المراد وط ء بطن إنسان بالرجل حتّى يحدث بالبول أو الغائط فإنّه يوطأ بطن الواطئبالاقتصاص منه أو يفتدى بثلث الديه أى ديه النفس، وهذا هو المنسوب إلى المشهور.

ويستدلّ على ذلک بمعتبره السكونى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل داس بطن رجل حتّى أحدث فى ثيابه فقضى أن يداس بطنه حتّى يحدث فى ثيابه كما أحدث أو يغرم ثلث الديه(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 299 ، الباب 9 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) الخلاف 5 : 261 ، المسأله 73 ، المبسوط 7 : 155.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 182 ، الباب 20 من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.

(السادسه): من افتض بكراً بإصبعه فخرق مثانتها فلا تملک بولها فعليه ثلث ديتها.[1] وفى روايه ديتها، وهى أولى ومثل مهر نسائها.

الشَرح:

ويناقش فى الاستدلال بها تاره بضعف السند فإنّ فى سندها النوفلى مضافاً إلى كون السكونى عاميّاً.

وأُخرى فى الدلاله فإنّ مدلولها حكايه واقعه خاصّه لخفاء خصوصيّتها يمنع عن التعدّى واستفاده الحكم الكلّى.

ولكن لا يخفى ما فى المناقشه فإنّ السكونى موثّق وحسين بن يزيد النوفليالراوى عن السكونى من المعاريف؛ لأنّ جلّ روايات السكونى الكثيره جدّاً المتفرّقه فى الأبواب المختلفه عنه ورواها الكلينى والصدوق والشيخ(1) أعلى الله مقامهم وعمل بها فى موارد متعدّه، وقد ذكر الشيخ قدس سره عمل الأصحاب بروايته التى راويها النوفلى وأنّ تصدّى الإمام عليه السلام للواقعه ظاهرها بيان الحكم لا مجرّد نقل قضيّه تاريخيّه.

وعلى ذلک فلا مورد فى الإشكال فى ثبوت القصاص فى الفرض بدعوى أنّ فيه تغرير النفس وأنّه لو كان الإحداث من قبيل السلس فاللازم ثبوت ديه النفس وإلاّ فالحكومه.

نعم، لا يمكن التعدّى من الروايه والالتزام بما ذكر فى الدوس الموجب لإخراج الريح كما ربّما يظهر من إطلاق الماتن، والوجه فى عدم الإمكان ما ذكر من فرض الإحداث فى ثيابه وفى مثله يرجع إلى الحكومه، واللّه العالم.

من افتض بكراً بإصبعه

[1] المنسوب(2) إلى المشهور أنّ الديه فى الفرض ديه المرأه خمسمئه دينار

1- (1) الكافى 7 : 377 ، الحديث 21 ، من لا يحضره الفقيه 4 : 147 ، الحديث 5326 ، التهذيب 10 : 251 ، الحديث 26.
2- (2) نسبه السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج 2 : 370.

....

الشَرح:

حيث إنّ ديتها نصف ديه الرجل.

ويستدلّ على ذلک بما رواه الشيخ فى التهذيب مرسلاً عن هشام بن إبراهيم(1) وأنّ الجنايه الموجبه لزوال الإمساک بالبول بالسلس توجب الديه الكامله، بل ذكر الصدوق قدس سره بعد نقل روايه ظريف وأكثر روايات أصحابنا فى ذلک الديه كامله(2). ولعلّه قدس سره يشير إلى روايات سلس البول.

ولكن لا يخفى أنّ روايه هشام بن إبراهيم ضعيفه لتردّد هشام بن إبراهيم وكونها مرسله.

وأمّا روايات سلس البول فلابدّ من رفع اليد عن إطلاقها بما رواه الشيخ والصدوق (قدس سرّهما) عن كتاب ظريف: فى رجل افتضّ جاريه بإصبعه فخرق مثانتها فلا تملک بولها فجعل لها ثلث الديه مئه وستّه وستّين ديناراً وثلثا دينار، وقضى عليه السلام لها عليه بصداق مثل نساء قومها(3). وحيث إنّ ديه المرأه نصف ديه الرجل يكون ثلث ديتها ما ذكر مضافاً إلى مهر المثل الذى ديه الافتضاض.

1- (1) التهذيب 10 : 308 ، آخر الحديث 26.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 92 ، آخر حديث ظريف رقم 5150.
3- (3) التهذيب 10 : 308 ، آخر الحديث 26. ومن لا يحضره الفقيه 4 : 92 ، آخر الحديث 5150.

اشاره

وهى سبعه:

(الأوّل): العقل وفيه الديه. وفى بعضه الأرش فى نظر الحاكم[1]، إذ لا طريق إلى تقدير النقصان. وفى المبسوط: يُقدَّر بالزمان. فلو جُنَّ يوماً وأفاق يوماً، كان الذاهب نصفه. أو جنّ يوماً وأفاق يومين، كان الذاهب ثلثه، وهو تخمين،ولا قصاص فى ذهابه ولا فى نقصانه لعدم العلم بمحله، ولو شجَّه فذهب عقله لم تتداخل ديه الجنايتين. وفى روايه: إن كان بضربه واحده تداخلتا، والأوّل أشبه.

الشَرح:

المقصد الثانى: فى الجنايه على المنافع

ديه ذهاب العقل

[1] ذكر قدس سره فى المقام أُموراً:

الأوّل: أنّ ديه ذهاب العقل ديه النفس والظاهر أنّه لا خلاف فيه بحيث يعرف أو ينقل. ويدلّ عليه صحيحه إبراهيم بن عمر، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ بستّ ديات»(1) ولا يبعد أيضاً أن يستظهر ذلک من صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «كلّ ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه وفى أحدهما نصف الديه وما كان فيه واحد ففيه الديه»(2) فإنّ عموم: كلّ ما فى الإنسان، يشمل المنافع أيضاً، ومقتضى هذه عدم الفرق فى ذهابه بين أن يكون ذهابه بالضرب على الرأس وغيره ولو ممّا لا يكون ضرباً ولا جرحاً كما فى إفزاعه حتّى ذهب عقله، بل يفهم من صحيحه إبراهيم بن عمر أيضاً أنّ الديه الكامله

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 365 ، الباب 6 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

....

الشَرح:

لذهاب كلّ من تلک المنافع ولو بغير الضرب أو الضرب بالعصا، ويظهر ذلک أيضاً من صحيحه أبى عبيده الحذّاء الآتيه.

الثانى: إن لم يذهب تمام العقل بل بعضه فذكر الماتن قدس سره أنّ فيه الأرش فى نظر الحاكم حيث إنّه المرجع عند عدم تعيين الديه وعلّل قدس سره الرجوع إلى الأرش بأنّه لا طريق إلى معرفه مقدار النقص كما يذكره طريقاً لمعرفه مقدار نقص ضوء العين على ما يأتى.

وذكر الشيخ قدس سره فى المبسوط أنّ الطريق إلى النقص التقدير بالزمان(1)، فلو جنّ يوماً أو شهراً وأفاق يوماً أو شهراً فالذاهب نصفه وإن أفاق يومين أو شهرين فالذاهب ثلثه وهكذا.

ولكن لا يخفى أنّ ما ذكر على تقدير تحقّقه يدخل فى غير العلم واعتباره يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ولعلّه لذلک عبّر قدس سره بأنّ ما ذكر تخمين.

أضف إلى ذلک إمكان ذهاب العقل بالإضافه إلى بعض الأُمور وعدم ذهابه بالإضافه إلى البعض الآخر، فالصحيح الرجوع إلى الأرش على كلّ تقدير حتّى ذهابه فى بعض الزمان وعوده فى بعضه وتكرارهما كذلک المعبّر عنه بالجنون الأدوارى المعدود من النقص فى العقل.

الثالث: أنّه لا قصاص فى ذهاب العقل ولا فى نقصانه وعلّل ذلک بأنّه إذا لم يمكن القصاص من الجنايه ينتقل الأمر إلى الديه إذا كانت للجنايه تقدير، وإن لم يكن تقدير ينتقل إلى الأرش، وحيث لا يعلم موضع القصاص فى ذهاب العقل ونقصانه ينتقل الأمر إلى الديه والأرش.

وبتعبير آخر لا يمكن فى القصاص التعدّى عن مقدار الجنايه الوارده، والمماثله

1- (1) المبسوط 7 : 126.

....

الشَرح:

فى الاقتصاص من الجنايه شرط ولا يمكن إحراز المماثله فى القصاص فى الجنايه الموجبه لزوال العقل أو نقصانه.

وعلى الجمله، ففى ذهاب العقل، الديه وفى نقصانه الحكومه، وهل يعدّ الجنون الأدوارى من الجنون بمعنى زوال العقل أو من نقصانه؟ فعلى الأوّل يدخل فيما ورد فى صحيحه ابن عمر المتقدّمه، ويحكم عليه بالديه وعلى الثانى يحكم بالأرش.

وظاهر الشيخ فى المبسوط والعلاّمه فى القواعد(1) أنّ الديه تقسط فى الفرض بحسب الزمان على ما تقدّم.

ولكن الظاهر أنّ الجنون الأدوارى يعدّ نقصاً فى العقل ويرجع فيه إلى الحكومه، وما ورد فى صحيحه إبراهيم بن عمر من ثبوت الديه ينصرف إلى ذهاب عقله مطلقاً كذهاب سائر ما ورد فيها.

الرابع: أنّه لو جرحه فى رأسه فذهب عقله لم تتداخل ديه الشجاج وديه ذهاب العقل نظير ما تقدّم من أنّه لو قطع إذنه فذهب سمعه أيضاً تثبت ديه الجنايتين ولم يكن فى البين تداخل.

ولكن فى البين روايه صحيحه مقتضاها التداخل وهى صحيحه أبى عبيده الحذّاء قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجافه حتّى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاه ولا يعقل ما قال ولا ما قيل له، فإنّه ينتظر به سنه فإن مات فيما بينه وبين السنه أقيد به ضاربه، وإن لم يمت فيما بينه وبين السنه ولم يرجع إليه عقله أغرم ضاربه الديه فى ماله لذهاب عقله، قلت: فماترى عليه فى

1- (1) المبسوط 7 : 126 ، والقواعد 3 : 684.

....

الشَرح:

الشجّه شيئاً؟ قال: لا؛ لأنّه إنّما ضرب ضربه واحده فجنت جنايتين فألزمته أغلظ الجنايتين وهى الديه، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين فألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلاّ أن يكون فيهما الموت فيقاد به ضاربه، فإن ضربه ثلاث ضربات واحده بعد واحده فجنين ثلاث جنايات لالزمته جنايه ما جنت الثلاث الضربات كائنات ما كانت ما لم يكن فيها الموت فيقاد به ضاربه، قال: فإن ضربه عشر ضربات فجنين جنايه واحده ألزمته تلك الجنايه التى جنتها العشر ضربات(1).

أقول: يستفاد من هذه الصحيحه أنّه إذا وقعت الجنايتان بضربه واحده وكانت الديه فى إحداهما أغلظ من الأُخرى وكانت إحدى الجنايتين مسبّبه عن الأُخرى تدخل ديه غير الأغلظ فى الأغلظ كترتّب ذهاب العقل على الشجّه الحاصله بالضربه الواحده على رأسه، وهذا بخلاف ما إذا تعدّدت الضربه وحصل بكلّ منها جنايه غير الجنايه الأُخرى الحاصله من الضربه الأُخرى فإنّه يلزم بالجنايتين ويؤخذ ديتهما من الجانى حتّى فيما إذا كانت الديه فى إحداهما أغلظ من الأُخرى، وكذا فيما كانت الضربه واحده وحصلت جنايتان طوليتان أو عرضيّتان، ولكن لم تكن الديه فى إحداهما أغلظ من الأُخرى.

نعم، لو كانت إحدى الجنايتين مورد القصاص من النفس فيقاد بها وتطرح غيرها، وإن كانت الجنايات متعدّده واعتبار الترتّب بين الجنايتين الحاصلتين من ضربه واحده لظاهر الفرض فى السؤال، وجواب الإمام عليه السلام راجع إلى المفروض فلا تداخل فيما إذا كانت الجنايتان عرضيتين، سواء كانت الديه فى إحداهما أغلظ أم لا، واعتبار الأغلظيّه زائد على اعتبار كون الجنايتين طوليتين لتعليل الإمام عليه السلام عدم ثبوت الديه على الشجّه فى الرأس التى موردها الديه حيث لا قصاص فى جراحات

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 366 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الرأس كما لا قصاص فى إذهاب العقل كما يأتى.

وممّا ذكر يظهر أنّه لو قطع أُذنيه فذهب سمعه بذلک تثبت ديه السمع وديه الأذنين وإن كانت الجنايتان بضربه واحده مترتّبتين؛ لأنّ إحداهما ليس أغلظ فى الديه من الأُخرى.

وبالجمله، القاعده الأوّليّه ثبوت الديه فى كلّ جنايه ومع تعدّد الجنايه تتعدّد الديه، سواء كانتا مترتّبتين أو عرضيتين، سواء كانتا بضربه واحده أو متعدّده، كما هو مقتضى إطلاق خطابات الديه فى الجنايات فيرفع اليد عن ذلک بمقدار قيام الدليل عليه.

وكيف ما كان، فلا موجب لرفع اليد عن الصحيحه فإنّ ما ذكرنا من مقتضاها غايته رفع اليد عن إطلاق خطابات ديه الجنايات وقد حكى(1) عن جماعه من الأصحاب العمل بها.

هذا كلّه فيما إذا كانت كلّتا الجنايتين موجبه للديه بالأصاله، وأمّا إذا كانتا موجتبين القصاص بإن كانت إحدى الجنايتين جرحاً والآخر قتلاً، فإن كانت الجرح والقتل بضربه واحده ترتّب عليه الجرح والقتل فلا ينبغى التأمّل فى دخول قصاص الطرف فى قصاص النفس؛ لأنّ القتل فى الغالب بالسرايه من الجرح كما إذا قطعت يده من المنكب ثمّ مات.

ويدلّ على ذلک صحيحه محمّد بن قيس، عن أحدهما عليهماالسلام فى رجل فقأ عينى رجل وقطع أُذنيه ثمّ قتله، فقال: «إن كان فرق ذلک اقتصّ منه ثمّ يقتل، وإن كان ضربه ضربه واحده ضربت عنقه ولم يقتصّ منه(2) فإنّ ظاهر الذيل دخول

1- (1) حكاه الفاضل الهندى فى كشف اللثام 2 : 511 ، (الطبعه القديمه)، والشهيد الثانى فى مسالک الأفهام 15 : 445.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 112 ، الباب 51 من أبواب قصاص النفس، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

قصاص الطرف فى قصاص النفس.

ويدلّ أيضاً صحيحه حفص بن البخترى، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب على رأسه فذهب سمعه وبصره واعتقل لسانه ثمّ مات؟ فقال: «إن كان ضربه ضربه بعد ضربه اقتصّ منه ثمّ قتل، وإن كان أصابه هذا من ضربه واحده قتل ولم يقتصّ منه»(1) وظاهر هذه أيضاً أنّ مع وحده الضربه يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس كما أنّ ظاهرهما أنّ مع تعدّد الضربه وحصول جنايه بكلّ منهما، لا يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس.

هذا فيما إذا لم يكن القتل مستنداً إلى مجموع الضربتين وإلاّ يثبت قصاص النفس فقط، والظاهر عدم الفرق بين أن تكون الضربتان متفرّقتين من حيث الزمان أو متفقتين فإن استند الموت إلى كلتا الضربتين والمجموع يثبت قصاص النفس فقط، وأمّا فى صوره الاستناد إلى إحداهما لا يدخل قصاص الطرف فى قصاص النفس، وإن يستظهر من صحيحه أبى عبيده الحذاء المتقدّمه التداخل فيما إذا كانت جنايتان متعدّدتان فى أحدهما قصاص النفس تطرح الأُخرى، وإن كانت بضربات متعدّده حيث قال عليه السلام فى صحيحه أبى عبيده الحذّاء: «ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين لألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلاّ أن يكون فيهما الموت بواحده وتطرح الأُخرى فيقاد به ضاربه، فإن ضربه ثلاث ضربات واحده بعد واحده فجنين ثلاث جنايات ألزمته جنايه ما جنت الثلاث ضربات كائنات ما كانت ما لم يكن فيها الموت فيقاد به ضاربه»(2) الحديث.

وظاهر ما ذكر أنّ مع تعدّد الضربات وتعدّد الجنايات إذا كان أحدها الموت أى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 112 ، الباب 51 من أبواب قصاص النفس، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 366 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

وفی روایه لو ضرب علی رأسه فذهب عقله انتظر به سنه[1]، فإن مات فیها قید به، وإن بقی ولم یرجع عقله ففیه الدیه، وهی حسنه، ولو جنی فأذهب العقل ودفع الدیه ثمّ عاد لم یرتجع الدیه؛ لأنّه هبه مجدّده من اللّه.

الشَرح:

موجب القصاص تطرح الأُخری ولو کان الموت مترتّب علی إحدی الجنایتین أو الجنایات. وبالجمله، فالوارد فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء یعارضه ما ورد فی صحیحه محمّد بن قیس بل صحیحه حفص، ولا ینبغی التأمّل فی أنّ مدلول الصحیحتین موافق للکتاب المجید الدالّ علی ثبوت القصاص کالنفس فی الأطراف والجروح والخارج عن ذلک صوره سرایه الجنایه علی الطرف أو الجرح علی النفس حیث یثبت معه قصاص النفس فقط أو دیه النفس علی ما تقدّم فی کتاب القصاص من ثبوت قصاص النفس إذا کان الجنایه علی الطرف أو الجرح قاتله أو قصد الجانی بها قتل المجنی وترتّب علیه القتل ولو لم تکن قاتله عاده، وأمّا إذا لم تکن قاتله ولم یقصد بها القتل لکن ترتّب علیه القتل اتفاقاً حیث یثبت فی هذه الصوره دیه النفس.

لا یقال: إنّ مدلول صحیحه محمّد بن قیس عدم تداخل قصاص الطرف فی قصاص النفس إذا کان الضرب بضربتین فیما کانت الضربتان متفرّقتین زماناً، ومدلول صحیحه أبی عبیده فیما کان الضربه بعد ضربه بأن کانتا متوالیتین، فالالتزام بتداخل قصاص الطرف فی قصاص النفس فی الثانی لا تنافی عدم التداخل فیما إذا کانت الضربتان متفرّقتین من حیث الزمان.

فإنّه یقال: المراد بالتفرّق فی صحیحه محمّد بن قیس کونه بضربات متعدّده فی مقابل الجنایتین إحداهما ترتّب الموت علیها بضربه واحده لا التفریق بینهما من حیث الزمان فراجعها.

لو ضرب علی رأسه فذهب عقله

[1] الأمر الخامس أنّه قد ورد فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء المتقدّمه: سألت

....

الشَرح:

أبا جعفر عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجافه حتّى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاه ولا يعقل ما قال ولا ما قيل له فإنّه ينتظر به سنه فإن مات فيما بينه وبين السنه أُقيد به ضاربه، وإن لم يمت فيما بينه وبين السنه ولم يرجع إليه عقله أُغرم ضاربه الديه فى ماله لذهاب عقله(1). الحديث، فإنّ الروايه كما ذكرنا صحيحه وليس بحسنه حيث إنّ الكلينى قدس سره رواها عن الحسن بن محبوب، عن جميل بن صالح، عن أبى عبيده بطريقين: أحدهما على بن إبراهيم، عن أبيه، عن الحسن بن محبوب، والطريق الآخر: محمّد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب(2)، والمتعيّن العمل بالوارد فيها فينتظر من زمان الجنايه إلى سنه فإن عاد عقله قبل تمام السنه يرجع إلى الأرش وديه الضربه، وإن لم يعد تثبت ديه ذهاب العقل على ما تقدّم.

ولو أدّى الجانى الديه ثمّ عاد عقله فظاهر الماتن أنّه لم يرتجع الديه؛ لأنّ عود العقل هبّه جديده من اللّه سبحانه لا ينافى عوده مع زواله بالجنايه من قبل، سواء كان عوده قبل تمام السنه من الجنايه وزواله أو عوده بعد مضى السنه؛ ولذا حكى عن بعض الأصحاب التفصيل بأنّه إن كان العود بحيث يحكم أهل الخبره بأنّه لم يكن العقل زائلاً بل كان الإغماء العارض من الضربه موجباً لعدم إدراكه يرتجع الديه، بخلاف ما إذا كان الرجوع عندهم أمراً غير عادياً فإنّه يحسب عوده هبه من اللّه، وظاهر الصحيحه التفصيل بين عوده قبل تمام السنه وعوده بعد تمامها فيرتجع الديه فى العود فى الأوّل دون الثانى.

وما يظهر من روايه أبى حمزه الثمالى من عدم جواز ارتجاع الديه حتّى فيما إذا

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 366 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
2- (2) الكافى 7 : 325 ، الحديث الأوّل.

(الثانى): السمع وفيه الديه [1] إن شهد أهل المعرفه باليأس. فإن أمّلوا العود بعد مدّه معيّنه، توقّعنا انقضاءها. فإن لم يعد، فقد استقرّت الديه.

الشَرح:

عاد عقله قبل تمام السنه قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : جعلت فداک ما تقول فى رجل ضرب رأس رجل بعمود فسطاط فأمّه حتّى ذهب عقله؟ قال: عليه الديه، قلت: فإنّه عاش عشره أيّام أو أقل أو أكثر فرجع إليه عقله، أله أن يأخذ الديه؟ قال: لا، قد مضت الديه بما فيها، قلت: فإنّه مات بعد شهرين أو ثلاثه، قال أصحابه: نريد أن نقتل الرجل الضارب، قال: إن أرادوا أن يقتلوه يردّوا الديه ما بينهم وبين السنه، فإذا مضت السنه فليس لهم أن يقتلوه، ومضت الديه بما فيها(1).

ولا يخفى أنّ ظاهرها عدم ارتجاع الديه حتّى بعد رجوع عقله بعشره أيّام، وحيث إنّ سندها ضعيف لا يمكن رفع اليد عمّا هو ظاهر صحيحه أبى عبيده الحذّاء المتقدّمه.

السمع

[1] لا خلاف فى أنّ فى ذهاب السمع الديه وقد ورد فى صحيحه إبراهيم بن عمر المتقدّمه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ، بستّ ديات(2).

وفى كتاب الديات الذى عرضه يونس بن عبدالرحمن على الرضا عليه السلام فى ذهاب السمع كلّه ألف دينار(3). ويدلّ على ذلک صحيحه سليمان بن خالد أيضاً عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّه قال فى رجل ضرب رجلاً فى أذنه بعظم فادّعى أنّه لا يسمع، قال: يترصّد ويستغفل وينتظر به سنه، فإن سمع أو شهد عليه رجلان أنّه يسمع، وإلاّ حلّفه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 367 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 365 ، الباب 6 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 357 ، الباب الأوّل من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وأعطاه الديه، قيل يا أمير المؤمنين فإن عثر عليه بعد ذلک أنّه يسمع؟ قال: إن كان اللّه ردّ عليه سمعه لم أرَ عليه شيئاً(1).

وما ذكر الماتن عليه السلام من أنّ استحقاق المجنى عليه الديه إنّما هو على تقدير شهاده أهل الخبره باليأس عن عود عقله، وأمّا إذا قالوا بالأمل فى عوده بعد مدّه كذا ينتظر إلى تلک المدّه فإن لم يعد فيها استقرّت الديه.

ولكن ظاهر ما ورد فى صحيحه سليمان بن خالد أنّه مع عدم إحراز ذهاب العقل أو احتمال عوده ينتظر إلى سنه ويترصّد ويستغفل بسؤاله فإن انكشف أنّه يسمع أو شهد شاهدان أنّه يسمع فلا يعطى الديه هو أنّ مده الانتظار سنه كما فى ذهاب العقل وبعد السنه إن لم يثبت أنّه يسمع ولم يشهد عليه شاهدان فيحلّف المجنى عليه على عدم سماعه ويعطى الديه ولا يحتمل أن يكون فرق بين إحراز زوال العقل حين الجنايه واحتمال عوده وبين دعواه ذهاب عقله مع احتمال كذب دعواه واحتمال العود على تقدير صدقه.

نعم، إذا ثبت ذهاب سمعه وعوده قبل تمام السنه يرجع إلى الأرش على ما تقدّم فى ذهاب العقل.

ولكن قد ورد فى صحيحه على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ ضرب بعظم فى أُذنه فادّعى أنّه لا يسمع؟ قال: «إذا كان الرجل مسلماً صدّق»(2) فإن أمكن حملها على صوره حلفه بعد الانتظار على ما يأتى كيفيّه إحلافه وبيان قسامته فهو، وإلاّ فلا يمكن الأخذ بها؛ لأنّها مخالفه لما دلّ على أنّ القضاء يكون بالبيّنه والحلف من الروايات، ويمكن حملها على استحباب القبول

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 361 - 362 ، الباب 3 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 363 ، الباب 3 من أبواب ديات المنافع، الحديث 4.

ولو أكذب الجانى عند دعوى ذهابه، أو قال: لا أعلم[1]، اعتبرت حاله عند الصوت العظيم والرعد القوى وصيح به بعد استغفاله، فإن تحقّق ما ادّعاه وإلاّ أحلف القسامه، وحكم له.

ولو ذهب سمع إحدى الأُذنين، ففيه نصف الديه[2].

ولو نقص سمع إحداهما، قيس إلى الأُخرى، بأن تسدّ الناقصه وتطلق الصحيحه، ويصاح به حتّى يقول: لا أسمع، ثمّ يُعاد عليه ذلک مرّه ثانيه، فإن تساوت المسافتان صُدِّق. ثمّ تطلق الناقصه وتُسَدّ الصحيحه، ويعتبر بالصوت حتّى يقول: لا أسمع، ثمّ يكرّر عليه الاعتبار فإن تساوت المقادير فى سماعه فقد صدق وتمسح مسافه الصحيحه والناقصه، ويلزم من الديه بحسب التفاوت.

الشَرح:

فيما إذا احتمل صدقه فلا منافاه بينها وبين صحيحه سليمان بن خالد.

[1] قد تقدّم أنّه فى هذه الصوره أُجّل إلى سنه اعتبرت حاله المجنى عليه واستغفل بسؤاله فإن انكشف الخلاف وأنّه يسمع أو شهد شاهدان بأنّه يسمع فليس له المطالبه بالديه، وإن لم يظهر سماعه بالاختبار بما ذكر أو بشاهدين عدلين فعلى المجنى عليه أن يأتى بالقسامه، والقسامه حلفه مع خمسه أشخاص إذا أمكن وإلاّ يحلف هو ستّ مرّات فعندئذ يستحقّ الديه ولو فرض عود السماع عليه بعد السنه فإن احتمل حدوث العود بعدها بعد زوالها يحسب هبه من اللّه ولا يسترجع الديه.

ذهاب سمع إحدى الأُذنين

[2] لأنّ مقتضى ما تقدّم من أنّ فى ذهاب السمع الديه مقتضاه أن يكون فى ذهاب سمع إحداهما نصف الديه فإنّ تقسيط الديه فى ذهاب إحداهما على خلاف ذلک يحتاج إلى دليل وقرينه، ولا فرق فى كون ديه ذهاب إحداهما نصفها بين كون إحدى الأُذنين أحدّ من الأُخرى أم لا.

وكذا لو كان السمع بالأُخرى ذاهباً بآفه أو جنايه جان أم لا.

وفی روایه یعتبر بالصوت من جوانبه الأربعه ویصدق مع التساوی ویکذب مع الاختلاف[1].

الشَرح:

وما عن ابن حمزه(1) أنّه لو کان قد ذهب السمع بالأُخری من قبل بسبب من اللّه تعالی تکون بذهاب السمع الدیه الکامله لم یعلم له وجه إلاّ قیاس المقام بذهاب البصر حیث یأتی أنّه لو جنی علی الأعور وذهب بصره من عینه الصحیحه فعلی الجانی الدیه الکامله، ومن الظاهر أنّ إجراء الحکم الوارد علی الأعور فی المقام مجرّد قیاس واستحسان.

[1] قد تقدّم الحکم فیما إذا ادّعی ذهاب سمعه، وأمّا إذا ادّعی نقصان سمع إحدی أُذنیه قیس ما ادّعی النقص فیها إلی أُذنه الأُخری وطریق القیاس أن تسدّ أُذنه التی ادّعی النقص فیها بنحو لا یسمع بها وتطلق الصحیحه، ویصاح بالشخص المدّعی إلی أن یقول لا أسمع، ویعاد الصیحه علیه من جانبه الآخر مثل الأوّل إلی أن یقول لا أسمع، فإن تساوت المسافتان فی سماعه فی أُذنه الصحیحه صدق ثمّ تسدّ أُذنه الصحیحه بحیث لا یسمع بها ویعتبر أُذنه التی ادّعی النقص فیها بالصیحه علیه کما ذکرنا فی اختبار سماع أُذنه الصحیحه، فإن صدق فیها أیضاً بأن تساوت المسافه فی سماعه بها بتکرار الصیحه علیه فی المرّتین بتساوی المقدار فی سماعه فیهما تمسح مسافه الصحیحه والناقصه ویقدّر الدیه بحسب تفاوت المسافتین.

وظاهر الماتن قدس سره عدم ذکر القسامه فی المتن ولکن عدم ذکرها؛ لأنّه لم یفرض فی کلامه صوره الدعوی والإنکار، بل فرض النقص فی إحداهما وبیّن طریق تعیین الدیه فی صوره النقص فی إحدی الأُذنین فلا ینافی الحاجه إلی القسامه فی مقدار التصدیق بالاعتبار المزبور فی صوره الدعوی.

1- (1) الوسیله : 445.

وفی ذهاب السمع بقطع الأُذنین[1] دیتان. ولا یقاس السمع فی الریح بل یتوخّی سکون الهواء.

(الثالث): فی ضوء العینین وفیه الدیه کامله. فإن ادّعی ذهابه، وشهد له شاهدان من أهل الخبره أو رجل، وامرأتان، إن کان خطأً أو شبیه عمد، فقد ثبت الدعوی. فإن قالا: لا یُرجی عوده، فقد استقرّت الدیه.

الشَرح:

ویشهد للاعتبار المذکور والقسامه فی مقدار النقص ظاهر معتبره یونس والحسن بن علی بن فضّال، عن الرضا علیه السلام حیث ورد فیها بعد بیان النقص فی البصر قال: «وإن کان السمع فعلی نحو من ذلک غیرأنّه یضرب له بشیء حتّی یعلم منتهی سمعه ثمّ یقاس ذلک، والقسامه علی نحو ما ینقص من سمعه» الحدیث(1) وأمّا روایه علیّ بن ابی حمزه(2) الظاهره فی الاختبار فی کلّ من أُذنه الصحیحه والناقصه من أربعه أطراف فلضعف سندها وعدم الحاجه بعد إحراز صدقه إلی ذلک لا یمکن الحکم بلزوم الاختبار کذلک، وإطلاق الأمر بالتحلیف فی صحیحه سلیمان بن خالد(3) لا یشمل فرض النقص.

ذهاب السمع بقطع الأُذنین

[1] والوجه فی ذلک أنّ کلاًّ من القطع وذهاب السمع جنایه وترتّب الذهاب علی القطع ولو کان بضربه واحده لا یوجب التداخل؛ لأنّ ما ورد فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء المتقدّمه من التداخل فیما إذا کانت الجنایتان بضربه واحده فرضها کون إحدی الدیتین أقل والآخر أکثر.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 375 ، الباب 12 من أبواب دیات المنافع، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 362 ، الباب 3 من أبواب دیات المنافع، الحدیث 2.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 363 ، الباب 3 من أبواب دیات المنافع، الحدیث 3.

وكذا لو قالا: يُرجى عوده، لكن لا تقدير له. أو قالا: بعد مدّه معيّنه فانقضت، ولم يعد. وكذا لو مات قبل المدّه. أمّا لو عاد ففيه الأرش[1].

الشَرح:

ديه ذهاب ضوء العينين

[1] لا ينبغى التأمّل ولا خلاف أيضاً فى أنّ ديه ذهاب ضوء العينين ديه النفس وفى ذهاب ضوء إحداهما نصفها.

ويدلّ على ذلک ما تقدّم من صحيحه إبراهيم بن عمر، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ بستّ ديات»(1).

والصحيحه التى رواها الصدوق عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ضرب رجل رجلاً فى هامته على عهد أمير المؤمنين عليه السلام فادّعى المضروب أنّه لا يبصر بعينيه شيئاً وأنّه لا يشمّ رائحه وأنّه قد خرس فلا ينطق فقال أمير المؤمنين عليه السلام : إن كان صادقاً فقد وجبت له ثلاث ديات النفس» الحديث(2).

ويدلّ أيضاً ما فى المعتبره من كتاب ظريف: «والضوء كلّه من العينين ألف دينار»(3).

وعلى ما ذكرنا فى ذهاب سمع إحدى الأُذنين يكون ديه ذهاب ضوء إحدى العينين نصف الديه حيث إنّ التفرقه فى ذهاب ضوئهما يحتاج إلى بيان خاصّ وتعيين الاختلاف.

وإن ادّعى المجنى عليه ذهاب ضوء عينيه فقال الماتن قدس سره فإن شهد شاهدان من أهل الخبره أو رجل وامرأتان بالذهاب فى صوره كون الجنايه خطأً أو شبه عمد

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 365 ، الباب 6 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 3 : 19 ، الحديث 3250.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

....

الشَرح:

ثبتت الدعوى؛ وذلک لأنّ الدعوى فی فرض الخطأ وشبه العمد من دعوى الدين على العاقله والجانى، حيث إنّ الديه داخل فی عنوان الدين، والدين يثبت بكلّ من شاهدى عدل وشهاده رجل وامرأتين.

ولكن لا يخفى أنّ إحراز صدق الدعوى بأنّه لا يبصر أو كذبه يتيسّر بجعل عينى المدّعى مقابل نور قوى كقرص الشمس فإن لم يتمالک حتّى غمض عينيه فهو كاذب ولا ديه له، وإن بقيتا مفتوحتين كان صادقاً واستحقّ الديه مع ثبوت استناد ذهابه إلى جنايه الجانى.

ويكفى فی إثبات أنّ ذهابه بالجنايه عليه القسامه نظير ما تقدّم فی دعوى ذهاب السمع.

وبالجمله، فإن اعترف الجانى بدعوى المجنى عليه ينفذ اعترافه على نفسه وإلاّ يختبر فی صدق دعواه بأنّه لا يبصر بالاختبار المذكور وحيث أحرز أنّه لا يبصر لا يكفى فی أنّ عدم بصره مستند إلى جنايه الجانى، وكون المورد من موارد اللوث يثبت الاستناد بالقسامه فقد ورد فی ذيل صحيحه عاصم المتقدّمه فقيل: يا أمير المؤمنين عليه السلام فكيف يعلم أنّه صادق؟ فقال: «أمّا ما ادّعاه أنّه لا يشمّ رائحه فإنّه يدنا منه الحراق فإن كان كما يقول وإلاّ نحّى رأسه ودمعت عينه، وأمّا ما ادعّاه فی عينيه فإنّه يقابل بعينيه الشمس فإن كان كاذباً لم يتمالک حتّى يغمضّ عينيه وإن كان صادقاً بقيتا مفتوحتين» الحديث(1).

وضمّ القسامه إلى ما ذكر لمّا تقدّم ممّا ورد فی كتاب ظريف فی دعوى نقصان البصر بعد الاختبار ضمّ القسامه وقوله عليه السلام : وكذلک القسامه كلّها من الجروح(2).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 363 364 ، الباب 4 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 159 160 ، الباب 11 من أبواب دعوى القتل، الحديث 2.

ولو اختلفا فى عوده، فالقول قول المجنى عليه مع يمينه[1].

الشَرح:

والتعرّض لأنّ الحكم فى دعوى نقصان السمع كما ذكر فى دعوى نقصان البصر من الحاجه للقسامه.

وعلى ما ذكرنا فإن عاد البصر بعد مدّه بحيث يعلم أنّ عدم بصره بعد وقوع الجنايه كان لأمر عارض وبزواله عاد بصره يرجع إلى الأرش، وإن لم يعلم أنّه ينكشف ذلک استقرّت الديه فإنّ الموضوع للديه ذهاب الضوء على ما تقدّم، فإن شهد أهل الخبره بأنّ عوده كاشف عن كون عدم بصره كان لحاجب عارض وقد زال ذلک العارض يتدارک بالأرش لعدم تقدير الديه فى عدم البصر كذلک لانصراف ما دلّ عليها عن ذلک الفرض، وإن لم يعلم ذلک بأن احتمل أنّه عنايه خاصّه المعبّر عنها بالهبه الجديده من اللّه يؤخذ بما دلّ على تعيّن الديه، وقد يقال ينتظر إلى سنه فإن عاد بصره قبل تمامها يرجع إلى الأرش وإن انقضت السنه تستقرّ الديه كما يستقرّ بموت المجنى عليه قبل تمام السنه، ويستظهر ذلک من روايه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن العين يدّعى صاحبها أنّه لا يبصر شيئاً؟ قال: يؤجّل سنه ثمّ يستحلف بعد السنه أنّه لا يبصر ثمّ يعطى الديه، قال: قلت: فإن هو أبصر بعده؟ قال: هو من أعطاه اللّه إيّاه(1). ولكنّ الروايه ضعيفه بحمّاد بن زيد الراوى عن سليمان بن خالد فلا يمكن رفع اليد عن القاعده التى ذكرناها.

[1] وذلک فإنّ الجانى فى الفرض يعدّ مدّعياً حيث إنّه يدّعى خلاف الاستصحاب الجارى فى ناحيه بقاء ذهاب صوته وإذا لم يكن للمدّعى بيّنه لإثبات مدّعاه تصل النوبه إلى حلف المنكر وإذا حلف استقرّت الديه.

ونظير ذلک ما إذا مات المجنى عليه وادّعى الجانى أنّه عاد ضوء عينه قبل موته وأنكر ذلک أولياء الميت ففى هذا الفرض أيضاً إن أقام الجانى البيّنه على العود

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 370 ، الباب 8 من أبواب ديات المنافع، الحديث 5.

وإذا ادّعى ذهاب بصره وعينه قائمه، أُحلف القسامه وقضى له. وفى روايه تقابل بالشمس، فإن كان كما قال بقيتا مفتوحتين. ولو ادّعى نقصان إحداهما قيست إلى الأُخرى[1] وفعل كما فعل فى السمع.

الشَرح:

قبل الموت يحكم بالأرش وإلاّ يحلف أولياء المقتول واستقرّت الديه.

لا يقال: قد تقدّم أنّ مع إمكان إحراز الواقع لا تصل النوبه إلى تتبّع طريق لإثبات الدعوى فإذا كان الجانى مدّعياً للعود فلم لا يختبر فى فرض الماتن بجعل عينه مقابل قرص الشمس.

فإنّه يقال: كان النصّ فى الاختبار بما ذكر فى دعوى المجنى عليه ذهاب ضوء بصره، والفرض فى الثانى دعوى الجانى عود ضوء بصره فلا يعمّه ذلک النصّ، مع أنّ اختلاف الحكم فى الفرض ولو لاحتمال عود ضوء العين وذهابه ثانياً بإصابه عينه بقرص الشمس، فلا يكون ما ذكر طريقاً إلى إحراز الواقع فى هذا الفرض مع أنّ الإلزام عليه بالاختبار مع ظهور صدقه فى أوّل مرّه وهن عليه.

وعلى الجمله، ففيما ادّعى الجانى العود فى فرض الماتن أو فى فرض موت المجنى عليه ودعوى الجانى العود قبل موته إن أقام الجانى البيّنه لدعواه فهو وإلاّ يكون الحكم كما ذكر.

[1] إذا ادّعى المجنى عليه نقصان ضوء إحدى عينيه بالجنايه الوارده من الجانى.

فإن اعترف الجانى بذلک يؤخذ باعترافه وعيّن مقدار الأرش بالقياس إلى ضوء عينه الأُخرى كما تقدّم فى تعيين الأرش فى نقصان السمع.

وإن لم يعترف الجانى يختبر بما تقدّم فى دعوى نقصان السمع ويضمّ على تقدير إحراز النقص استناده إلى الجنايه بالمقدار المتقدّم من القسامه فقد روى الكلينى والشيخ بسندهما الصحيح عن معاويه بن عمّار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يصاب فى عينه فيذهب بعض بصره أىّ شىء يعطى؟ قال: تربط

....

الشَرح:

إحداهما، ثمّ توضع له بيضه ثمّ يقال له: انظر فما دام يدّعى أنّه يبصر موضعها حتّى إذا انتهى إلى موضع إن جازه قال: لا أبصر قرّبها حتّى يبصر ثمّ يعلّم ذلک المکان، ثمّ يقاس بذلک القياس من خلفه وعن يمينه وعن شماله، فإن جاء سواء وإلاّ قيل له: کذبت حتّى يصدق، قلت: أليس يؤمن؟ قال: لا، ولا کرامه ويصنع بالعين الأخرى مثل ذلک ثمّ يقاس ذلک على ديه العين(1).

وفى المعتبره عن کتاب ظريف قضى أمير المؤمنين عليه السلام إذا أُصيب الرجل فى إحدى عينيه فإنّها تقاس ببيضه تربط على عينه المصابه وينظر ما منتهى نظر عينه الصحيحه، ثمّ تغطى عينه الصحيحه وينظر ما منتهى نظر عينه المصابه فيعطى ديته من حساب ذلک، والقسامه مع ذلک من الستّه الأجزاء على قدر ما أُصيب من عينه، فإن کان سدس بصره حلف هو وحده وأعطى، وإن کان ثلث بصره حلف هو وحلف معه رجل واحد، وإن کان نصف بصره حلف هو وحلف معه رجلان، وإن کان ثلثى بصره حلف هو وحلف معه ثلاثه نفر، وإن کان أربعه أخماس بصره حلف هو وحلف معه أربعه نفر، وإن کان بصره کلّه حلف هو وحلف معه خمسه نفر، وکذلک القسامه کلّها فى الجروح، وإن لم يکن للمصاب بصره من يحلف معه ضوعفت عليه الأيمان: إن کان سدس بصره حلف مرّه واحده، وإن کان ثلث بصره حلف مرّتين، وإن کان أکثر على هذا الحساب، وإنّما القسامه على مبلغ منتهى بصره. الحديث(2).

ثمّ لا يخفى أنّ الحاجه إلى القسامه على ما تقدّم فيما إذا لم يعلم استناد النقص الذى عيّنه الاختبار إلى الجنايه.

وأمّا إذا علم ذلک فلا حاجه إلى القسامه؛ وذلک فإنّ النقص فى ذهاب بعض ضوئه

1- (1) الکافى 7 : 323 ، الحديث 8 ، والتهذيب 10 : 265 ، الحديث 78.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 374 ، الباب 12 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

لا يلازم نقصه بالجنايه الوارده عليه، وبما أنّ المورد من موارد اللوث يحتاج إحراز الاستناد إلى القسامه، كما أنّه لا يكفى القسامه بلا اختبار فما عن الأردبيلى قدس سره من عدم لزوم الاختبار مع القسامه(1) غير تامّ كما هو ظاهر الوارد فى كتاب ظريف الذى نقلناه.

وذكر فى الجواهر أنّه إذا علم حصول النقص ولم يعلم مقداره فالظاهر الاختبار حتّى يصدق ولا يسقط دعواه النقص بظهور كذبه فى الاختبار، بل لابد من الاستمرار فى الاختبار حتّى يصدق؛ لأنّ الفرض حصول النقص بالجنايه محرز والاختلاف والدعوى فى مقداره، وإن لم يمكن تعيين مقدار النقص بالاختبار فهل يرجع فى تعيين مقداره إلى القسامه أو يكفى يمين واحده أو لزوم المصالحه على مقدار النقص مع إمكانه وإلاّ يقتصر على القدر المتيقّن من الأرش وجوه لا يبعد الأخير(2).

وفيه أنّ العلم بأصل النقص والجنايه يعدّ لوثاً حتّى مع عدم إمكان العلم بصدق المجنى عليه فى مقدار النقص الوارد على ضوء عينه، وما تقدم من الوارد فى كتاب ظريف يعمّ الفرض والاختبار كان سبيلاً إلى صدق المجنى عليه فى مقدار النقص، سواء كان دعواه أصل النقص أو مقداره، وأمّا استناد النقص الحاصل إلى جنايه الجانى كان بالقسامه مطلقاً وإذا لم يمكن استظهار صدقه أو كذبه فى مقدار النقص ولم يعلم حصول نقص بالجنايه عليه فلا ينبغى التأمّل فى الحاجه إلى القسامه فى إثبات الاستناد.

وأمّا إذا علم حصول النقص بأى مقدار كان بالجنايه عليه ولم يحرز تعيين الأرش بطريق الاختبار فإن تصالحا فهو، وإلاّ يؤخذ بالقدر المتيقّن حيث إنّ الاستناد محرز فلا مورد للقسامه كما لم يذكر القسامه فى مورد صحيحه معاويه بن عمار المتقدّمه.

1- (1) مجمع الفائده والبرهان 14: 435 - 436.
2- (2) الجواهر 43 : 307.

ولو ادّعى النقصان فيهما، قيستا إلى عينى من هو من أبناء سِنِّه[1]، وأُلزم الجانى التفاوت بعد الاستظهار بالإيمان. ولا تقاس عين فى يوم غيم، ولا فى أرض مختلفه الجهات. ولو قلع عيناً، وقال: كانت قائمه، وقال المجنى عليه كانت صحيحه، فالقول قول الجانى مع يمينه. وربّما خطر أنّ القول قول المجنى عليه مع يمينه؛ لأنّ الأصل الصحّه، وهو ضعيف؛ لأنّ أصل الصحه معارض بأصل البراءه، واستحقاق الديه والقصاص منوطٌ بتيقّن السبب، ولا يقين هنا؛ لأنّ الأصل ظنّ لا قطع.

(الرابع): الشمّ وفيه الديه كامله[2]. وإذا ادّعى ذهابه عقيب الجنايه، اعتبر بالأشياء الطيّبه والمنتنه، ثمّ يستظهر عليه بالقسامه ويقضى له؛ لأنّه لا طريق إلى البيّنه. وفى روايه يُحرق له حراق ويقرّب منه، فإن دمعت عيناه ونحّى أنفه، فهو كاذب.

الشَرح:

[1] ويدلّ على ذلک صحيحه عبداللّه بن ميمون، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: أُتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد ضرب رجلاً حتّى انتقص من بصره، فدعا برجال من أسنانه ثمّ أراهم شيئاً فنظر ما انتقص من بصره فأعطاه ديه ما انتقص من بصره. رواها الفقيه(1) بسند صحيح عنه.

ديه ذهاب الشم

[2] فى ذهاب الشمّ كاملاً أى من كلا المنخرين، الديه كامله من غير خلاف يعرف.

ويدلّ عليه ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام عن رجل ضرب رجلاً على هامته فادّعى المضروب أنّه لا يبصر بعينه شيئاً، ولا يشمّ الرائحه،

1- (1) من لا يحضره الفقيه 4 : 130 ، الحديث 5277.

....

الشَرح:

وأنّه قد ذهب لسانه أخرس فلا ينطق قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن صدق فله ثلاث ديات فقيل: يا أمير المؤمنين عليه السلام فكيف يعلم أنّه صادق؟ فقال: أمّا ما ادّعاه أنّه لا يشمّ رائحه فإنّه يدنى منه الحراق فإن كان كما يقول، وإلاّ نحّى رأسه ودمعت عينه(1). الحديث.

وإذا ذهب الشمّ من إحدى منخريه فنصف الديه حيث إنّه إذا كان ذهابه من كلاهما تمام الديه، فالتقسيط فيما ذهب من أحدهما بغير هذا الوجه يحتاج إلى دليل، كما تقدّم بيان ذلک من ذهاب السمع من أحد أُذنيه، ولو ادّعى المجنى عليه عقيب الجنايه ذهاب شمّه فظاهر الماتن يستظهر صحّه دعواه بالأشياء الطبيّه والمنتنه فى حال غفله المجنى عليه، بأن يقرّب إلى أنفه من خلفه يقضى له بصدق دعواه وعدم صدقه؛ وذلک لعدم طريق إلى البيّنه فى ثبوت هذه الدعوى.

ولكنّ الوارد فى صحيحه قيس المتقدّمه فى صوره دعوى المجنى عليه وعدم الطريق إلى ثبوت دعواه كاعتراف الجانى بصدقه يدنى منه الحراق (كالخرقه التى وقع فيها النار) فإن كان كما يقول وإلاّ نحىّ رأسه ودمعت عيناه. وقد تقدّم فى دعوى ذهاب السمع والبصر أنّه لا يحكم بالديه بمجرّد الاختبار، بل على المجنى عليه القسامه؛ لأنّ الحاصل بالاختبار ذهاب الشمّ، وأمّا استناده إلى جنايه الجانى فاللازم استظهاره بالقسامه، والقسامه كما تقدّم فى ذهاب المنافع بالستّ كما دلّ على ذلک ما ورد فى كتاب ظريف من قوله عليه السلام : وكذلک القسامه كلّها فى الجروح من الستّه الأجزاء(2) والمراد بالجروح مطلق الجنايه التى يترتّب عليها ذهاب المنفعه من السمع والبصر والشمّ والذوق كما هو مورد المفروض من المروى فى الكتاب.

1- (1) من لا يحضره الفقيه 3 : 19 - 20 ، الحديث 3250.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 159 ، الباب 11 من أبواب دعوى القتل، الحديث 2.

ولو ادّعى نقص الشم، قيل: يحلف إذ لا طريق له إلى البيّنه[1]، ويوجب له الحاكم ما يؤدّى إليه اجتهاده.

ولو أخذ ديه الشمّ ثمّ عاد[2]، لم يُعد الديه. ولو قطع الأنف فذهب الشمّ فديتان[3].

الشَرح:

[1] ظاهر الماتن قدس سره أنّه بمجرّد دعوى المجنى عليه النقص فى شمّه بالجنايه تصل النوبه إلى القسامه إذ لا طريق له إلى إثبات دعواه بالبيّنه فيقدم قوله، ويثبت دعواه بالقسامه التى تقدّم فى المنافع والمنقول عن بعض الأصحاب أنّ القسامه إنّما هو فيما إذا لم يحرز كذبه فى دعواه بالامتحان نظير ما تقدّم فى اختباره غيره.

أقول: الظاهر لزوم استظهار كذبه فى دعواه أوّلاً فإن لم يظهر كذبه بالامتحان واحتمل صدقه تثبت دعواه النقص بالقسامه التى فى الستّه أجزاء.

ولا يخفى أنّه إذا ثبت النقص فى شمّه بالقسامه فإن عيّن المجنى عليه فى دعواه مقدار النقص وحلفت القسامه عليه يؤخذ من الديه بذلک المقدار وإلاّ فلا يبعد الحكم بقدر اليقين على تقدير النقص، واللّه العالم.

[2] لا يخفى لو كان العود بحيث يعدّ عوده كاشفاً من عدم ذهابه كما تقدّم فى ذهاب السمع والبصر فعلى المجنى عليه ردّ الديه إلى الجانى ويكون له الأرش على الجانى، وأمّا إذا لم يظهر من عوده عدم ذهابه كما إذا كان العود بعد مدّه طويله فليس للجانى استرداد الديه؛ لأنّ المفروض أنّ المجنى عليه قد أثبت ذهابه بطريق معتبر عند الحاكم وحكمه طريق شرعى إلى استحقاقه الديه ولم يعلم الخلاف حيث إنّ العود كما ذكر لا يلازم عدم الذهاب أوّلاً.

[3] قد تقدّم أنّ كلاًّ من قطع الأنف وذهاب الشّمّ يوجب الديه كامله، وإذا اجتمعا يترتّب على كلّ منهما استحقاق الديه، ومجرّد ترتّب الذهاب على القطع لا يوجب التداخل، وإنّما يكون التداخل فيما إذا كانت ديه الجرح أقل وما يترتّب

(الخامس): الذوق يمكن أن يقال: فيه الديه لقولهم عليهم السلام : كلّ ما فى الإنسان منه واحد ففيه الديه[1]. ويرجع فيه عقيب الجنايه، إلى دعوى المجنى عليه مع الاستظهار بالإيمان. ومع النقصان يقضى الحاكم بما يحسم المنازعه تقريباً.

الشَرح:

عليه من الجنايه أكثر على ما تقدّم سابقاً، ومثله ما إذا كانت الجنايتان فى إحداهما قصاص النفس على تفصيل قد تقدّم.

ديه ذهاب الذوق

[1] ذهب جماعه كالماتن قدس سره إلى أنّه إذا جنى على أحد فذهب بها ذوقه يكون على الجانى الديه كامله كما فى ذهاب الشّم، ويستدلّ على ذلک بأحد الوجهين:

الأوّل: ما ذكره الماتن من شمول قولهم عليهم السلام : كلّ ما فى الإنسان واحد ففيه الديه(1). ولكن لا يخفى انصرافه إلى العضو من بدن الإنسان؛ ولذا ذكر (سلام اللّه عليه) فى صحيحه عبداللّه بن سنان: ما كان فى الجسد منه اثنان ففيه نصف الديه(2) . . . إلى آخره.

وثانى الوجهين: أنّ الذوق منفعه اللسان كالشّم منفعه الأنف فيكون فى ذهابه الديه الكامله.

وفيه أنّ المنفعه الظاهره للّسان هو النطق والبيان وفى ذهابه تمام الديه.

وأمّا الذوق فمنفعته غير ظاهره ولم يرد فيه الديه الكامله ولا تعيين ديه غيرها فيرجع إلى الحكومه، وعلى ذلک فإن ادّعى المجنى عليه عقيب الجنايه ذهاب ذوقه يستظهر ذلک بالقسامه حيث لا سبيل إلى ثبوته بالبيّنه، وكذلک إذا ادّعى عقيبها النقصان ويجرى فيه نظير ما تقدّم فى الشّم.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(السادس): لو أُصيب فتعذّر عليه الإنزال فى حال الجماع كان فيه الديه[1].

الشَرح:

ديه ذهاب الإنزال

[1] كما حكى ذلک عن جماعه، بل عن الرياض نفى الخلاف فيه(1)، ويستدلّ على ذلک بروايات:

منها ما ورد فى أنّ كلّ ما فى الإنسان واحد ففيه الديه(2). بدعوى أنّه يشمل ذهاب المنافع أيضاً ومنها الإنزال عند الجماع، وقد تقدّم انصرافه إلى أعضاء الإنسان ولا يعمّ المنافع.

ومنها موثّقه سماعه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الظهر إذا كسر حتّى لا ينزل صاحبه الماء الديه كامله(3).

ومنها موثقته الأُخرى عن أبى عبداللّه حيث ورد فيها: فى الظهر إذا انكسر حتّى لا ينزل صاحبه الماء الديه كامله(4).

ولكن لا يخفى أنّ ظاهرهما أنّ الديه الكامله لكسر خاصّ للظهر وتعذّر الإنزال معرف لذلک الحدّ من الكسر لا أنّ الديه الكامله لتعذّر الإنزال ولو لم يكن كسر الظهر.

وقد يستدلّ على ثبوت الديه الكامله فى تعذّر الإنزال بصحيحه إبراهيم بن عمر، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ بستّ ديات»(5) بدعوى أنّ انقطاع جماعه يعمّ تعذّر الإنزال.

1- (1) رياض المسائل 2 : 555 (القديمه).
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 287 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 12.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 285 - 286 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 7.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 376 ، الباب 14 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 365 ، الباب 6 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

(السابع): قيل: فى سلس البول الديه[1]، وهى روايه غياث بن إبراهيم وفيه ضعف. وقيل: إن دام إلى الليل ففيه الديه. وإن كان إلى الزوال فثلثا الديه. وإلى ارتفاع النهار فثلث الديه.

الشَرح:

وفيه أيضاً مالا يخفى؛ لأنّ انقطاع جماعه ظاهره عدم انتشار ذكره لا تعذّر إنزاله مع فرض التمكّن من الدخول كما هو موضوع استحقاق الديه فى كلام الماتن والأظهر الرجوع إلى الحكومه.

ثمّ إنّه قد ورد فى صحيحه إبراهيم بن عمر: فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه. فيقال إنّه لا معنى لذهاب الفرج إلاّ انقطاع الجماع مع أنّ انقطاع الجماع ذكر فى مقابله وجعل الأمر السادس ممّا ترتّب على الضرب بالعصا وقد نقل(1) عن المجلسى فى مرآه العقول أنّ المراد من ذهاب الفرج ابتلاءه بسلس البول ولكنّه بعيد.

أقول: لا يبعد أن يكون المراد ذهاب الذكر كلاًّ أو بعضاً حيث يذهب معه أيضاً تمكّنه من الجماع المعبّر عنه بإنقطاع جماعه لامجرّد حدوث الشلل فى الذكر ليقال إنّ ديه شلل العضو ثلثا الديه لا الديه الكامله.

ديه سلس البول

[1] قد ذكر الماتن أنّ ديه سلس البول على ما قيل ولعلّ القائل كما فى الجواهر(2) المشهور الديه الكامله والمراد ذهاب القوه الممسكه بحيث يستمرّ السلس، ويستظهر ذلک من موثقه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه عليهاالسلام أنّ علياً عليه السلام قضى فى رجل ضرب حتّى سلس ببوله بالديه الكامله(3).

1- (1) نقله السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج 2 : 369 ، الحادى عشر تعذر الإنزال، وانظر مرآه العقول 24: 114.
2- (2) جواهر الكلام 43 : 314.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 371 - 372 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث 4.

....

الشَرح:

وناقش الماتن فيها بأنّ فى غياث بن إبراهيم ضعفاً، ولكنّ الضعف فى مذهبه فإنّه بترى ولا ينافى كونه ثقه فى حديثه كما عن النجاشى حيث ذكر أنّه ثقه(1).

ونحوها موثقه إسحاق بن عمار قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسک غائطه ولا بوله أنّ فى ذلک الديه كامله(2).

ولكن فى موثّقته الأُخرى التى رواها الصدوق قدس سره عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سأله رجل وأنا عنده عن رجل ضرب رجلاً فقطع بوله؟ فقال له: «إن كان البول يمرّ إلى الليل فعليه الديه؛ لأنّه قد منعه المعيشه، وإن كان إلى آخر النهار فعليه الديه، وإن كان إلى نصف النهار فعليه ثلثا الديه، وإن كان إلى ارتفاع النهار فعليه ثلث الديه»(3).

وقد يستشكل فى الأخيره بأنّ فرض السلس إلى نصف النهار أو ارتفاع النهار أمر لا يتحقّق فى الخارج، فإنّه إذا تحقّق السلس لا يتمكّن الشخص من إمساک بوله وعلى تقدير تحقّقه لإمكان اختلاف الخلل فى القوّه الماسكه فلا بأس بالالتزام بذلک.

هذا كلّه فى سلس البول.

ومثله ما إذا أوجبت سلس الغائط فإنّ فيه أيضاً الديه كامله.

ويدلّ على ذلک صحيحه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل كسر بعصوصه فلم يملک إسته ما فيه من الديه؟ فقال: «الديه كامله»(4). فإنّه وإن

1- (1) رجال النجاشى: 305 ، الرقم 833.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 371 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 371 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث 3. ومن لا يحضره الفقيه 4 : 142، الحديث 5314 مع اختلاف يسير.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 370 ، الباب 9 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

وفی الصوت، الدیه کامله[1].

الشَرح:

قیل إنّ ما ورد فیها دیه کسر البعصوص إلاّ أنّ ظاهرها أنّ الوارد فیها دیه حدوث السلس فی الغائط حیث إنّ ذلک مقتضی تفریع عدم ملک إسته علی کسر بعصوصه، فإنّه فرق بین التفریع وبین التقیید کما تقدّم فی تقیید کسر الظهر بقوله: حتّی لا ینزل صاحبه الماء، کما ذکرنا فی دیه تعذّر الإنزال، وعلی ذلک فإن حدث عدم ملک إسته بغیر الکسر فالثابت الدیه.

ثمّ إنّه قد ورد فی موثقه إسحاق بن عمّار المتقدّمه عن أبی عبداللّه علیه السلام قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الرجل یضرب عجانه فلا یستمسک غائطه ولا بوله أنّ فی ذلک الدیه کامله(1). ومقتضی ثبوت الدیه فی کلّ من سلس البول وعدم ملک الإست عدم التداخل کما تقدّم سابقاً، ولکن مقتضی موثّقه إسحاق بن عمّار تداخل الجنایتین فلا بأس بالالتزام به ورفع الید عن مقتضی القاعده المتقدّمه فی الفرض.

دیه ذهاب الصوت

[1] المراد ذهاب الصوت ذهاب کلّه من الغنن والبحح کما ورد فی صحیحه یونس أنّه عرض علی أبی الحسن الرضا علیه السلام کتاب الدیات وکان فیه فی ذهاب السمع کلّه ألف دینار والصوت کلّه من الغنن والبحح ألف دینار(2). ومقتضی ذکر: «من الغنن والبحح» عدم التمکّن من الجهر فی التکلّم فلا ینافی تمکّنه من التکلّم إخفاتاً بحیث یسمع نفسه أو من هو أقرب إلی أذنه منه، ولو فرض أداء الجنایه علی ذهاب الصوت والنطق کانت موجبه لثبوت دیتین لذهاب الصوت وذهاب النطق، وما عن بعض الأصحاب من أنّ الجنایه إن کانت موجبه مع ذهاب الصوت عدم حرکه اللسان أی شلله تثبت دیه لذهاب الصوت وثلثیه لشلل اللسان لا یمکن المساعده علیه؛ لما

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 371 ، الباب 9 من أبواب دیات المنافع، الحدیث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 357 ، الباب الأوّل من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

تقدّم من أنّ ذهاب النطق فى نفسه يوجب ديه كامله وإن كان ذهابه بشلل اللسان وذهاب الصوت يوجب ثبوتها، وقد تقدّمت الصحيحه الدّاله على أنّ أمير المؤمنين عليه السلام حكم بثلاث ديات فى رجل ضرب رجلاً على هامته فادعى المضروب أنّه لا يبصر بعينه شيئاً وأنّه لا يشمّ رائحه وأنّه قد ذهب لسانه فلا ينطق إلى أن قال: وأمّا ما ادّعاه فى لسانه فإنّه يضرب على لسانه بإبره فإن خرج الدم أحمر فقد كذب، وإن خرج الدم أسود فقد صدق(1). فإنّ خروج الدم الأسود يوجب شلل اللسان.

وعلى الجمله الصوت الداخل فى عنوان الغنن والبحح منفعه والنطق منفعه أخرى وإن كان للصوت دخاله فيه.

نعم، لو قطع الجانى بعد ذهاب نطقه لسانه المشلول فعليه ثلث الديه حيث يدخل قطعه فى قطع لسان الأخرس، وقد تقدّم فى صحيحه بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السلام قال فى لسان الأخرس وعين الأعمى وذكر الخصى وأُنثييه ثلث الديه(2).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 363 - 364 ، الباب 4 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

المقصد الثالث: فى الشجاج والجراح

اشاره

والشجاج ثمان: الحارصه، والداميه، والمتلاحمه، والسمحاق، والموضحه والهاشمه، والمنقّله، والمأمومه.

أمّا الحارصه: فهى التى تقشّر الجلد، وفيها بعير. وهل هى الداميه؟ قال الشيخ: نعم، والروايه ضعيفه[1]، والأكثرون على أنّ الداميه غيرها، وهى روايه منصور بن حازم، عن أبى عبداللّه عليه السلام.

ففى الداميه إذن بعيران، وهى التى تأخذ فى اللحم يسيراً، وأمّا المتلاحمه: فهى التى تأخذ فى اللحم كثيراً، ولا تبلغ السمحاق، وفيها ثلاثه أبعرِه. وهل هى غير الباضعه؟ فمن قال: الداميه غير الحارصه، فالباضعه والمتلاحمه واحده. ومن قال: الداميه والحارصه واحده، فالباضعه غير المتلاحمه.

الشَرح:

المقصد الثالث: فى الشجاج والجراح

[1] المراد من الشجاج جرح الرأس والوجه ويطلق الجراح على جرح سائر الأعضاء، ويذكر للشجاج ثمانيه أقسام باختلاف الديه فى كلّ منها مع الديه فى الأخرى.

ديه الحارصه والداميه

الأوّل منها الحارصه ويفسّر بأنّها هى التى تقشر الجلد ولم تأخذ من اللحم لتجرى عليها الدم وإن خرج الدم أى ظهر على موضع قشر الجلد وموضع الخدش.

وفى كلمات المشهور تجعل الداميه القسم الثانى من جرح الرأس أو الوجه، ويفسّر بأنّها تأخذ من اللحم يسيراً ويجرى الدم على موضعها، وعن بعض الأصحاب

....

الشَرح:

جعل الداميه مرادفه مع الحارصه(1)، ويطلق على الجرح فى القسم الثانى الباضعه ويقابلها المتلاحمه والجرح الذى يأخذ فى اللحم كثيراً ولا يبلغ السمحاق.

وعلى كلّ تقدير، فالديه فى الحارصه سواء كانت خطأً أو شبه العمد على المشهور بعير، والمراد ليس تعيّن البعير على ما نذكر بل جزء من مئه أجزاء ديه النفس، بلا فرق بين كونه بعيراً أو غيره.

وما يحكى(2) عن الإسكافى من أنّ الديه فى الحارصه نصف بعير، قول شاذّ لا يعلم له أىّ مستند، بل ورد فى موثّقه منصور بن حازم أو صحيحته على الأصح عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى الخرصه شبه الخدش بعير، وفى الداميه بعيران، وفى الباضعه وهى مادون السمحاق ثلاث من الإبل، وفى السمحاق وهى دون الموضحه أربع من الإبل، وفى الموضحه خمس من الإبل»(3) وظاهرها ما عليه ظاهر المتن من كون الداميه مرتبه ثانيه تقابل الحارصه لا أنّها ترادفها، وأنّ الديه فى الحارصه بعير وفى الداميه بعيران، ولكن قد تطلق الداميه على الحارصه كما فى موثقه السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «أنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قضى فى الداميه بعيراً وفى الباضعه بعيرين وفى المتلاحمه ثلاثه أبعره وفى السمحاق أربعه أبعره»(4) فإنّه حيث جعلت الديه فى السمحاق أربعه من الإبل فى كلّ منها يعلم أنّ المراد من الداميه فى موثّقه السكونى ما عبّر عنها فى صحيحه منصور بالخرصه؛ لأنّ قبل السمحاق فى كلّ منها ثلاث مراتب، وعلى ذلک فلا يوجب إطلاق الداميه على الخارصه أن لا يكون للشجاج

1- (1) كالشيخ فى النهايه : 775.
2- (2) حكاه العلاّمه فى مختلف الشيعه 9 : 402.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 382 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 14.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 380 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 8.

....

الشَرح:

قبل السمحاق ثلاثه أقسام كما ذكرنا، فإنّ الديه فى الجرح الذى يأخذ من اللحم شيئاً ويجرى عليه الدم بعيران.

وإذا أخذ منه كثيراً ولكن لم يبلغ غشاء العظم تكون الديه ثلاثه أبعره، ويطلق على الجرح كذلک بالمتلاحمه وإذا بلغ الجرح إلى الجلد الرقيق بين اللحم والعظم ويعبّر عنه بغشاء العظم يطلق عليه السمحاق وإذا خرق الجرح ذلک الجلد الرقيق وظهر بياض العظم يطلق عليه الموضحه على ما يذكر.

ثمّ إنّه قد ذكرنا أنّ المراد من البعير فى الخارصه ليس خصوص البعير بل جزء واحد من مئه أجزاء ديه النفس وإن ذكر عنوان البعير والبعيرين والأبعره والإبل فى غير واحد من الروايات ولكن يلتزم بالجزء بالنسبه إلى ديه النفس فى جميعها بقرينه ما ورد فى صحيحه معاويه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: ثلث الديه، والشجّه الجائفه ثلث الديه، وسألته عن الموضحه؟ قال: خمس من الإبل(1). حيث عيّنت الديه للشجّه المأمومه والجائفه بثلث الديه.

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الموضحه خمس من الإبل وفى السمحاق أربع من الإبل والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون، والمنقّله خمس عشره من الإبل(2).

حيث إنّ التعبير فى المأمومه بثلث الديه فى صحيحه معاويه بن وهب وبثلاث وثلاثون من الإبل فى هذه الصحيحه تعطى أنّ المراد فى المقام، النسبه الخاصّه بالإضافه إلى ديه النفس فى أقسام الشجاج.

وأوضح من ذلک ما ورد فى كتاب ظريف حيث تكرّر بيان اعتبار من قوله: وفى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 381 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 12.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 379 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 4.

وأمّا السمحاق: فهى التى تبلغ السمحاقه، وهى جلده مغشيه للعظم، وفيها أربعه أبعره.

وأمّا الموضحه: فهى التى تكشف عن وضح العظم وفيها خمسه أبعره[1].

الشَرح:

موضحه الرأس خمسون ديناراً، فإن نقل منها العظام فديتها مئه وخمسون ديناراً، فإن كانت ثاقبه فى الرأس فتلك المأمومه ديتها ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار(1).

أضف إلى ذلک أنّه لو كانت الديه فى الشجاج معيّنه فى الإبل خاصّه لزادت ديه المأمومه على ديه النفس أحياناً.

ديه السمحاق والموضحه

[1] قد تقدّم أنّ الديه فى الداميه التى عبّر عنها فى معتبره السكونى بالباضعه بعيران وذكرنا أنّ المراد بها على كلّ تقدير الجرح الذى يأخذ من اللحم يسيراً بحيث يجرى على موضعه الدّم فى مقابل ما يعبّر عنه فى كلام الأكثر بالمتلاحمه أو الباضعه، والمراد بها ما يأخذ من اللحم كثيراً ولكن لا يصل إلى السمحاق، والمراد من السمحاق ما تبلغ الجرح الجلده المغشيه للعظم ولكن لا تخرقها، وفى المتلاحمه وإن عبّر عنها بالباضعه ثلاثه من الإبل، وفى السمحاق أربع، وفى الموضحه خمس من الإبل كما ورد فى صحيحه معاويه بن وهب المتقدّمه وفى معتبره السكونى المتقدّمه عن أبى عبداللّه عليه السلام قضى فى الداميه المراد بها الحارصه على ما مرّ بعيراً وفى الباضعه بعيرين، وفى المتلاحمه ثلاثه أبعره، وفى السمحاق أربعه أبعره(2).

وفى صحيحه منصور بن حازم، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى الحرصه شبه الخدش بعير، وفى الداميه بعيران، وفى الباضعه وهى ما دون السمحاق ثلاث من الإبل، وفى السمحاق دون الموضحه أربع من الإبل، وفى الموضحه خمس من الإبل(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 295 296 ، الباب 6 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 380 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 8.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 382 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 14.

فروع: لو أوضحه اثنتين، ففى كلّ واحده خمس من الإبل. ولو وصل الجانى بينهما، صارتا واحده[1]، كما لو أوضحه ابتداءً وكذا لو سرتا، فذهب ما بينهما؛ لأنّ السرايه من فعله. ولو وصل بينهما غيره لزم الأوّل ديتان، والواصل ثالثه؛ لأنّ فعله لا يبنى على فعل غيره. ولو وصلهما المجنى عليه فعلى الأوّل ديتان، والواصله هدر. ولو اختلفا فقال الجانى: أنا شققت بينهما، وأنكر المجنى عليه، فالقول قول المجنى عليه مع يمينه؛ لأنّ الأصل ثبوت الديتين، ولم يثبت المسقط.

الشَرح:

وفى معتبره أبى مريم، قال: قال لى أبو عبداللّه عليه السلام إنّ رسول اللّه صلى الله عليه و آله قد كتب لابن حزم كتاباً فخذه منه فأتنى به حتّى أنظر إليه قال: فانطلقت إليه فأخذت منه الكتاب ثمّ أتيته به فعرضته عليه، فإذا فيه من أبواب الصدقات وأبواب الديات، وإذا فيه: فى العين خمسون، وفى الجائفه الثلث، وفى المنقّله خمس عشره، وفى الموضحه خمس من الإبل(1). إلى غير ذلک ممّا يأتى.

ثمّ إنّه يظهر من بعض الكلمات أنّه إذا كان مع قشر الجلد ظهور نقطه من الدم، ولو لم يجرِ على الموضع بل يبس فى موضعه بعد ظهوره فهى داميه وفيها بعيران حيث إنّ خروجه يكون بأخذ شىء من اللحم.

ولكن هذا غير ظاهر والمتيقّن من ثبوت الديه فيها بعير كما أنّ المتيقّن من الداميه ما يجرى على موضعه الدم ولو قليلاً لأخذها من اللحم يسيراً عرفاً، وفى الباضعه التى يأخذ من اللحم كثيراً المعبّر عنها بالمتلاحمه أيضاً على ما تقدّم ثلاث من الإبل ولا تبلغ السمحاق، وإذا بلغ إليه ولم تخرقه أربع، وإذا خرقه بحيث ظهر العظم ويعبّر عنها بالموضحه خمس من الإبل.

ديه ما لو أوضحه اثنتين

[1] لا يخفى أنّه لا يختلف الديه فى أىّ مرتبه من مراتب الجرح من حيث سعه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 381 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 13.

....

الشَرح:

الجرح طولاً وعرضاً ويتّحد الموضحه مع الموضحه الأُخرى فى الديه وإن كان إحداهما أوسع طولاً أو عرضاً من الأُخرى، بل الأمر فى ثبوت القصاص فى تلك المراتب أيضاًكذلک فلا فرق فى ثبوت القصاص فى موضحه مع اختلافها مع موضحه أُخرى من حيث الطول والعرض وإن يجب ملاحظه المقدار فى مقام استيفاء القصاص من الجانى.

والوجه فى ذلک كلّه تعلّق الديه الخاصّه بالموضحه مثلاً كما تقدّم من خمسه أبعره من غير تقييد لها من جهه الطول والعرض، وكذلک الأمر فى تعلّق القود منها على الجانى.

وأيضاً قد ذكرنا سابقا أنّه لو جنى جنايتين بضربه واحده، فإن لم تكن إحدى الجنايتين مترتّبه على الأُخرى بأن كانتا فى عرض واحد تثبت الديه فى كلّ واحده منها، وكذا فيما إذا كانتا مترتّبتين ولكن كان كلّ منهما مساويه مع الأُخرى فى الديه.

بخلاف ما إذا كانت الجنايتان بضربتين فإنّ لكلّ منها ديه وإن اختلفتا فى مقدار الديه كما استظهرنا ذلک من صحيحه أبى عبيده الحذّاء عن أبى جعفر عليه السلام حيث ورد فيها: فما ترى عليه فى الشجّه شيئاً؟ قال: لا، لأنّه إنّما ضربه ضربه واحده فجنت الضربه جنايتين فألزمته أغلظ الجنايتين وهى الديه، ولو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنايتين لألزمته جنايه ما جنتا كائناً ما كان إلاّ أن يكون فيهما الموت بواحده وتطرح الأُخرى فيقاد به ضاربه(1). الحديث.

ومن هنا أنّه لو جرح شخص الآخر بجراحه موضحه مثلاً مع جراحه موضحه أُخرى فى رأسه يتعلّق بالجانى ديتان لكلّ منهما خمس إبل حتّى ما إذا كانتا بضربه واحده فضلاً عن كونه بضربتين.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 366 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وأيضاً لا فرق فى ثبوت ديه الجراحات بين برئها وعدمه أو من غير بقاء أثرها أو زواله ويقتضيه إطلاق ما ورد فى تعيين ديتها.

وذكر الماتن قدس سره لو أوضح الجانى موضحتين ففى كلّ منهما خمس من الإبل فإن وصل الجانى بينهما صارتا موضحه واحده ويكون على الجانى ديه موضحه واحده، كما إذا كانت من الابتداء موضحه واحده، ونظير ذلک ما لو سرت إحداهما أو كلاهما بحيث صارتا جراحه واحده، فإنّ سرايه الجراحه أيضاً يحسب من فعل الجانى؛ ولذا يكون ضمان سرايه الجراحه على الجانى بخلاف ما إذا كان الوصل بينهما بفعل الغير حيث يحسب الموضحتان على الجانى الأوّل؛ لأنّ فعل الغير لا يخرج فعل الصادر عن الجانى عن كونه موجباً لجنايتين، بل يحسب الصادر عن الغير جراحه موضحه يكون عليه ديتها، وأمّا إذا وصلهما نفس المجنى عليه يكون على الأوّل ديتان وفعل المجنى عليه هدر.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ وصل الجانى بين الموضحتين جنايه ثالثه ويكون عليه ديتها وإلحاقها بما إذا كانت الموضحه من الأوّل وسيعه طولاً بضربه واحده يدخل فيالقياس مع الفارق.

نعم، إذا كان الاتّصال بينهما بالسرايه لا تزيد على الديتين على الجانى شىء آخر؛ لأنّ سرايه الجراحه بالسعه فى طولها وعرضها غير مضمون بخلاف سرايتها فى العمق.

ومن هنا يظهر الحال فيما إذا كان الوصل بفعل الغير أو المجنى عليه حيث يضمن الغير ديه موضحه أُخرى ويكون فعل المجنى عليه هدراً.

ثمّ إنّ ثبوت ديه موضحه أُخرى على الجانى أو على الغير فيما إذا كان الاتّصال بجراح موضحه أخرى، وأمّا إذاكان بالباضعه أو غيرها فإن سرت الجراحه عمقاً حتّى صارت موضحه فكما تقدّم وإلاّ يضمن ما أحدثه من الجراحه من ديتها لما تقدّم من

وكذا لو قطع يديه ورجليه[1]، ثمّ مات بعد مدّه يمكن فيها الاندمال. واختلفا، فالقول قول الولى مع يمينه. ولو شجّه واحده، واختلفت مقاديرها أخذ ديه الأبلغ؛ لأنّها لو كانت كلّها كذلک، لم تزد على ديتها[2].

الشَرح:

ضمان سرايه الجرح عمقاً لا سعتها طولاً أو عرضاً.

ديه ما لو قطع يديه ورجليه

[1] يعنى إذا قطع الجانى اليدين والرجلين ثمّ مات المجنى عليه فى زمان يحتمل أن يكون موته بسرايه جرح قطع اليدين والرجلين أو موته بعد برء جرح قطع اليدين والرجلين، بأن لا يكون موته بسرايه جرح قطع اليدين والرجلين، فقال الجانى مات بالسرايه فلا يكون عليه إلاّ ديه واحده للنفس؛ لدخول ديه الجرح فى ديه النفس إذا سرى الجرح فمات وقال ولىّ الميّت إنّه لم يكن فى البين سرايه، بل مات الشخص لا بالسرايه فيكون على الجانى ديه نفس لقطع اليدين، وديه نفس أخرى لقطع الرجلين فيحلف الولى على عدم السرايه فيأخذ ديتين إذا لم يكن للجانى بيّنه للسرايه.

فرع

[2] لو ضربه بضربه واحده وأحدثت جراحه تصل بعضها حدّ الموضحه وبعض أطرافها من طولها إلى حدّ الباضعه يكون على الجانى ديه الموضحه فقط لما تقدّم من أنّ المستفاد من صحيحه أبى عبيده الحذّاء(1) فى أنّ الجنايه الأخف تدخل ديتها فى الأشدّ إذاكانتا مترتّبتين؛ ولأنّ جراحه الموضحه يكون مسبوقه بالسمحاق والباضعه والداميه وتقدّم أيضاً أنّ الجراحه لا تختلف ديتها بحسب طولها أو عرضها فيما إذا كانت بضربه واحده حتّى فيما إذا كانت بطولها فى مرتبه واحده،

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 366 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

ولو شجّه فی عضوین، کان لکلّ عضو دیه علی انفراده[1]، ولو کان بضربه واحده. ولو شجّه فی رأسه وجبهته فالأقرب أنّها واحده؛ لأنّهما عضو واحد.

الشَرح:

وأولی بعد الاختلاف فیما إذا کانت ما بضربه واحده مقدار منها متلاحمه ومقدار باضعه مثلاً. وبالجمله، لو کان تمام الجرح الواحد فی مرتبه وحده لم تزد دیتها علی دیه تلک المرتبه فکیف ما إذا کان بعض أطرافه دون تلک المرتبه؟

لو شجّه فی عضوین

[1] إذا شجّه فی عضوین مختلفین من شخص واحد کالید والرأس، کان لجرح کلّ عضو حکمه، فإن کان جرح الرأس بقدر الموضحه وجرح الآخر دونها یکون علیه دیتان موضحه للرأس وغیرها لغیره من غیر فرق بین أن یکون الجرحان بضربتین أو بضربه واحده فإنّ الوجه فی ذلک فیما کان بضربتین ظاهر.

وأمّا إذا کانا بضربه واحده فلمّا تقدّم عند التکلّم فی صحیحه أبی عبیده الحذّاء عن أبیجعفر علیه السلام (1) من أنّ الجنایتین الحاصلتین بضربه واحده إذا کانتا مترتّبتین وکانت الدیه فی إحداهما أقل وفی الأُخری أکثر تلزم أبلغ الجنایتین والمفروض فی المقام جنایتان حاصلتان فی عرض واحد وإن کانت دیه إحداهما أکثر من الدیه فی الأُخری.

هذا کلّه فیما إذا کان الجرحان فی عضوین کما فی المثال، وأمّا إذا کانا فی عضو واحد وکانا متّصلین، کما إذا ضرب رأسه فجرح رأسه وجبهته فإنّ مع اتصال الجرحین من عضو واحد تعدّ جنایه واحده، سواء کان ذلک بضربه واحده أو ضربتین، حیث إنّ الدیه تترتّب علی جراحه واحده ولا یفرق فی الجراحه الواحده کون العرض والطول مختلفاً أم لا، بلغت عمقها بحدّ واحد فی أطرافها أم لا، وإذا کانت الجراحه فی عضو واحد متعدّده من الأوّل کان لکلّ منها دیه تخصّها علی ما تقدّم.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 366 ، الباب 7 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

وأمّا الهاشمه: فهى التى تهشم العظم، وديتها عشره من الإبل أرباعاً إن كان خطأً وأثلاثاً إن كان شبيه العمد، ولا قصاص فيها. ويتعلّق الحكم بالكسر، وإن لم يكن جرح.

ولو أوضحه اثنتين وهشمه فيهما واتّصل الهشم باطناً، قال فيالمبسوط: هما هاشمتان وفيه تردد[1].

الشَرح:

وعلى ذلک فلو شجّه فى رأسه وجبهته جراحه تصل من الرأس إلى الجبهه فهى جراحه واحده، فإنّ الجبهه داخله فيالرأس لا أنّها عضو آخر مستقلّ؛ ولذا لو ذبح من عنقه يقال قطع رأسه بخلاف الصدر والرأس أو الرأس والبطن أو البطن والصدر.

ديه الهاشمه

[1] لا خلاف بين أصحابنا فى أنّ ديه الهاشمه عشر من الإبل والمراد منها الجرح الذى تكسر الشجّه معه العظم، بل يقال إنّ الحكم أي ثبوت عشره من الإبل يتعلّق بنفس كسر العظم وإن لم يكن معه جرح أخذاً بظاهر الاسم حيث إنّ الهشم بمعنى الكسر ومنه يقال للنبات اليابس المنكسر هشيم.

ويدلّ على الحكم روايه السكونى، عن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى الهاشمه بعشر من الإبل(1). ومثلها ما رواه الصدوق قدس سره فى الفقيه بإسناده إلى السكونى: أنّ عليّاً قضى فى الهاشمه بعشر من الإبل(2). وربّما يعبّر عنهما بالمعتبرتين للسكونى ولا يخلو عن تأمّل، فإنّ السكونى لم يذكر الواسطه للروايه عن قضاء على عليه السلام ولعلّ هذا ممّا لا بأس به؛ لأنّ المعهود من السكونى الروايه عن على أو عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله بواسطه أبى عبداللّه عليه السلام .

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 382 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 15.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 169 ، الحديث 5386.

وأمّا المنقله: فهى التى تحوج إلى نقل العظم، وديتها خمسه عشر بعيراً[1]، ولا قصاص فيها، وللمجنى عليه أن يقتص فى قدر الموضحه، ويأخذ ديه مازاد، وهو عشر من الإبل.

الشَرح:

ويمكن أن يستدلّ على الحكم أى ثبوت عشر من الإبل لكسر عظم الرأس وإن لم يكن فى البين شجّه بما ورد فى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الموضحه خمس من الإبل، وفى السمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الأبل والجائفه ثلاث وثلاثون والمنقّله خمس عشره من الإبل(1). فإنّ ديه المنقّله على الكسر يزيد بنصف على ما تقدّم من ضابطه ديه كسر العظم، وإذا كان فيالمنقّله خمسه عشر من الإبل تكون ديه الهاشمه عشر من الإبل، سواء كان فى البين جراحه أم لا، حيث إنّ الكسر لا يستلزم الجرح، ويقال فى أداء ديه الهاشمه بعشر من الإبل تفصيل فإن كان الكسر خطأً محضاً تؤدّى أرباعاً وإن كان شبه الخطأ تؤدّى أثلاثاً، وحيث إنّ القصاص لا يتعلّق بالهاشمه لعدم ثبوت القصاص فى كسر العظام يكون الثابت معه أيضاً الديه أثلاثاً حيث إنّ الديه فى العمد لا يكون أقلّ من شبه الخطأ ولكن الاختلاف بين الخطأ وشبه العمد بالأرباع والأثلاث ثابت فى ديه النفس، وأمّا فى ديه غير النفس فلم يقم عليه دليل، بل مقتضى إطلاق عشر من الإبل يعمّ فيؤخذ به.

ديه المنقّله

[1] المراد من المنقّله الشجّه التى تنقل العظم بكسره من موضعه الذى خلقه اللّه تعالى فيه إلى موضع آخر ولا يثبت فيها القصاص لما تقدّم فى الهاشمه ولعدم القصاص فى كسر العظام والديه فيه خمسه عشر بعيراً.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 379 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 4.

وأمّا المأمومه فهى التى تبلغ أُمّ الرأس، وهي الخريطه التى تجمع الدماغ[1]، وفيها ثلث الديه، وهو ثلاثه وثلاثون بعيراً.

الشَرح:

كما يدلّ على ذلک صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الموضحه خمس من الإبل، وفيالسمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون [من الإبل]، والمنقّله خمس عشره من الإبل(1).

وفى معتبره أبى مريم قال: قال لى أبو عبداللّه عليه السلام : إنّ رسول اللّه عليه السلام قد كتب لابن حزم كتاباً فخذه فأتنى به حتّى أنظر إليه، قال: فانطلقت إليه فأخذت منه الكتاب ثمّ أتيته به فعرضته عليه، فإذا فيه من أبواب الصدقات وأبواب الديات، وإذا فيه: فى العين خمسون، وفى الجائفه الثلث، وفى المنقله خمس عشره، وفى الموضحه خمس من الإبل(2). وما ذكر الماتن قدس سره وللمجنى عليه أن يقتصّ فى قدر الموضحه ويأخذ ديه ما زاد وهو عشر من الإبل.

ولكن لا يخفى أنّ الضربه إذا كانت واحده وحدثت تلک الشجّه منقّله فتحديد تلک الجنايه بخمسه عشر من الإبل ظاهره عدم تعلّق أمرآخر بالجانى غير الديه، نعم إذا كانت بضربه أو ضربات حدثت ببعضها الموضحه أو ما دونها يتعلّق بها القصاص إذا كانت عمداً كما يدلّ على ذلک ما تقدّم فى صحيحه أبى عبيده الحذّاء المتقدّمه فراجع.

ديه المأمومه والدامغه

[1] وأمّا الشجّه المأمومه وهى التى تبلغ أمّ الرأس أى الخريطه التى تجمع الدماغ وتغشاه فيها ثلث الديه فتكون ثلاثمئه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، نعم إذا

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 379 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 4.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 381 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 13.

....

الشَرح:

أعطى الديه من الإبل فيكفى ثلاثه وثلاثون إبلاً من غير حاجه إلى ضمّ ثلث بعير وكذا الحال فى الجائفه.

ويدلّ على ذلک صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الموضحه خمس من الإبل وفى السمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون، والمنقّله خمس عشره من الإبل(1).

وفى صحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: ثلث الديه، والشجّه الجائفه ثلث الديه(2).

ومقتضى هذه الصحيحه ثبوت ثلث الديه فى المأمومه فيكون ثلاثمئه وثلاثون وثلث دينار ويرفع اليد فى إعطائها بالإبل حيث إنّ مقتضى صحيحه الحلبى كفايه ثلاثه وثلاثون من الإبل وحملها على عدم الاهتمام فى الجواب لبيان تمام الحدّ من الإبل كماترى.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فى الدامغه التى السلامه معها نادره فلو اتّفق السلامه فديتها أيضاً ثلث الديه لمّا تقدّم فى الصحيحتين من أنّ فى الجائفه ثلث الديه أو ثلاثه وثلاثون من الإبل، وإن ترتّب عليها الموت فإن كان عمداً متعمّداً يتعلّق على الجانى الاقتصاص منه وإن كان خطأً فديه النفس، وما ذكر الماتن فى المقام أيضاً من أنّه على تقدير اتفاق السلامه للمجنى عليه الاقتصاص من الموضحه وأخذ ديه الزائد وهو ثمانيه وعشرون من الإبل فقد ذكرنا ما فيه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 379 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 4.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 381 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 12.

وأمّا الدامغه: فهى التى تفتق الخريطه والسلامه معها بعيده. ولا قصاص فى المأمومه؛ لأنّ السلامه معها غير غالبه. ولو أراد المجنى عليه أن يقتص فى الموضحه ويطالب بديه الزائد جاز، والزياده ثمان وعشرون بعيراً.

قال فى المبسوط: وثلث بعير، وهو بناء على أنّ ما فى المأمومه ثلاثه وثلاثون وثلث ونحن نقتصر على ثلاثه وثلاثين تبعاً للنقل.

ولو جنى عليه موضحه فأتمها آخر هاشمه[1]، وثالث منقله، ورابع مأمومه، فعلى الأوّل خمسه، وعلى الثانى ما بين الموضحه والهاشمه خمسه أيضاً، وعلى الثالث ما بين الهاشمه والمنقله خمسه أيضاً، وعلى الرابع تمام ديه المأمومه ثمانيه عشر بعيراً.

الشَرح:

إذا تداخلت الشجّات

[1] هذا ما ذكر فى كلمات جمله من الأصحاب، ولكن لا يمكن المساعده عليه فإنّ من أحدث شجّه خاصّه فعليه تمام ديه تلك الشجّه، فمن أحدث المأمومه فعليه ديتها كما أنّ من أحدث الهاشمه فعليه ديه الهاشمه وإن أحدث المنقّله فعليه ديتها أخذاً بإطلاق الوارد فى الروايات فى ديه تلك الشجّه أو الكسر.

وبالجمله، مقتضى الإطلاقات فى الروايات المتقدّمه أنّ من أحدث أى شجّه فعليه تمام ديته لا أنّ ديه الشجّه تقسّط على الجناه كلّ على حسب جنايته.

ومن لواحق هذا الباب مسائل:

(الأُولى): ديه النافذه فى الأنف ثلث الديه[1]، فإن صَلُحت فخُمْس الديه مئتا دينار. ولو كانت فى أحد المنخرين إلى الحاجز، فعُشْر الديه.

الشَرح:

ديه النافذه فى الأنف

[1] المراد أنّه إذا نفذت نافذه فى الأنف بحيث خرقت المنخرين والوتره التى بين المنخرين فإن كان بنحو لا ينسدّ ففيه ثلث الديه وان برءت وانسدّت بلا عيب ففيه خمس الديه أى مئتا دينار، وقد ورد فى معتبره ظريف، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى الأنف قال: فإن قطع روثه الأنف وهى طرفه فديته خمسمئه دينار، وإن نفذت فيه نافذه لا تنسدّ بسهم أو رمح فديته ثلاثمئه دينار وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وإن كانت نافذه فبرأت والتأمت فديتها خمس ديه روثه الأنف مئه دينار فما أصيب منه بحساب ذلک، وإن كانت نافذه فى إحدى المنخرين إلى الخيشوم وهو الحاجز بين المنخرين فديتها عشر ديه روثه الأنف خمسون ديناراً؛ لأنّه النصف، وإن كانت نافذه من إحدى المنخرين أو الخيشوم إلى المنخر الآخر فديتها ستّه وستّون ديناراً وثلثا دينار(1).

ولا يبعد أن يستظهر من الحديث أنّ المراد من روثه الأنف مجموع المارن الذى يقطر منه دم الرعاف ونحوه، وأنّ ديه قطعه نصف ديه الأنف أى خمسمئه دينار فإنّه نصف الديه التى تثبت عند قطع الأنف أو المارن أو إفساد الأنف بحيث ذهب الأنف أو المارن منه.

ويستفاد من الحديث أيضاً أنّ النافذه إذا نفذت فى الأنف بحيث خرقت

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 293 ، الباب 4 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الثانيه): فى شقّ الشفتين حتّى تبدو الأسنان ثلث ديتهما[1]، ولو برئتا فخُمْس ديتهما. ولو كان فى إحداهما، فثُلث ديتها، ومع البرء خُمْس ديتها.

الشَرح:

المنخرين والحاجز بينهما المعبّر عنه بالخيشوم فديتها مع عدم برئها وعدم التئام الأنف ثلث ديه الأنف أى ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وإن برئت والتأمت فديتها خمس ديه (روثه) الأنف فإن كان الوارد فى الحديث خمس ديه الأنف يتمّ ما ذكره الماتن، ولكن فى نسخه خمس ديه روثه الأنف، وعليه تكون ديتها مئه دينار، وذكر مئه دينار فى نسخه الوسائل قرينه على أنّ المذكور فى الحديث خمس ديه روثه الأنف لا خمس ديه الأنف لتكون الديه مئتى دينار.

ديه شقّ الشفتين

[1] وقد ورد ذلک فى معتبره ظريف وفيها: وإن قطعت الشفه العليا واستؤصلت فديتها خمسمئه دينار فما قطع منها بحساب ذلک، فإن انشقّت حتّى تبدو منها الأسنان ثمّ دوويت وبرئت والتأمت فديتها مئه دينار، فذلک خمس ديه الشفه إذا قطعت واستؤصلت، وما قطع منه فبحساب ذلک، وإن شترت فشينت شيناً قبيحاً فديتها مئه دينار وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وديه الشفه السفلى إذا استؤصلت ثلثا الديه ستمئه وستّه وستّون ديناراً وثلثا دينار، فما قطع منها فبحساب ذلک، فإن انشقّت حتّى تبدو الأسنان منها ثمّ برئت والتأمت فديتها مئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وإن أُصيبت فشينت شيناً قبيحاً فديتها ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وذلک نصف (ثلث) ديتها(1).

أقول: قد تقدّم أنّ الوارد فى الروايات أنّ فى الشفّتين إذا استؤصلا ألف دينار(2).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 294 ، الباب 5 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 283 - 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

(الثالثه): الجائفه هى التى تصل إلى الجوف، من أى الجهات كان ولو من ثغره النحر[1]، وفيها ثلث الديه، ولا قصاص فيها. ولو جرح فى عضو ثمّ أجاف لزمه ديه الجرح وديه الجائفه، مثل أن يشقّ الكتف حتّى يحاذى الجنب، ثمّ يجيفه.

الشَرح:

وأنّ كلّ ما فى الجسد اثنان ففى كلّ منهما نصف الديه(1). وفى موثقه سماعه الشفتان العليا والسفلى سواء فى الديه(2). وعلى ذلک فلا يمكن الأخذ بما فى المعتبره من أنّ ديه الشفه العليا خمسمئه دينار وديه الشفه السفلى ثلثا ديه الشفتين أى ستمئه وستّه وستون ديناراً وثلثا دينار والمتعيّن ترک العمل بذلک فى المعتبره فى مقابل موثّقه سماعه، فإن توافق ما ورد فى أنّ ديه الشفتين ألف دينار وأنّ كلّ ما فى الجسد اثنان ففى كلّ منهما نصف الديه مع أنّ زياده ديه الشفتين على ديه النفس أمر بعيد ولا يضرّ بذلک موافقه سماعه مع مذهب العامّه فإنّ الترجيح بالكتاب والسنه مقدّم على رعايه مخالفه العامّه.

وأمّا سائر ما ورد فيه وهو اختلاف الشقّ فى الشفتين إذا لم تبرأ وصار فيهما شيناً فإنّ الديه فى الشفّه العليا مئه دينار وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وفى السفلى ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار.

ولكن يشكل ذلک على ما ورد بعد ذلک (وذلک نصف ديتها) كما لا يخفى، والأحوط فى الزائد على ثلث ديه الشفّه التصالح كما أنّ الأحوط أيضاً فى صوره الشين من العليا التصالح بالإضافه إلى المقدار الأقلّ من ثلث ديتها.

ديه الجائفه

[1] ذكر قدس سره أوّلاً المراد من الجائفه أنّه الجراحه فى أى من جهات الجسد بحيث يصل الجرح جوف الجسد ولو كان الجرح من ثغره النحر.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 286 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 10.

. ...

الشَرح:

وذكر ثانياً أنّ ديه هذه الجراحه ثلث الديه أى ثلث ديه نفس الرجل وأنّ ثبوت الديه على الإطلاق سواء كانت الجنايه تعمّداً أو خطأً حيث إنّه لا قصاص فى هذا القسم من الجرح فيخرج عن عموم قوله سبحانه «والجروح قصاص».

أقول: كون المراد بالجائفه ما ذكره قدس سره هو المعروف المشهور بين الأصحاب، ولكن يظهر من عباره المقنع أنّ الجائفه هى الجراحه فى الرأس بحيث تبلغ جوف الدماغ(1)، بخلاف المأمومه وهى الجراحه نفذت فى العظم ولكن لم تصل إلى جوف الدماغ، وبتعبير آخر الدامغه التى ذكر الماتن قبل ذلک يرادف الجائفه.

ويظهر ذلک من كلام الكلينى قدس سره حيث قال: «المأمومه وهى التى تبلغ أُمّ الدماغ ثمّ الجائفه التى تصير فى جوف الدماغ»(2).

ولذا ذكر الأردبيلى قدس سره أن ثلث الديه فى الجائفه(3) كما ورد فى عدّه من الروايات ما كان فى جائفه الرأس حتّى بناءً على أنّ اسم الجائفه يعمّ سائر البدن إذا وصلت الجراحه إلى الجوف، وذلک فإنّ تحديد ديتها بالثلث فى تلک الروايات ناظره إلى الجائفه فى الرأس.

وفى صحيحه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: ثلث الديه والشجّه الجائفه ثلث الديه، وسألته عن الموضحه؟ قال خمس من الإبل(4). فإنّ مع جعل الشجّه موصوفاً لوصف الجائفه لا سبيل إلى دعوى الإطلاق فيها بأن تعمّ الجائفه سائر الجسد.

1- (1) المقنع: 512.
2- (2) الكافى 7 : 329 ، باب تفسير الجراحات والشجاج.
3- (3) مجمع الفائده والبرهان 14 : 456.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 381 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 12.

....

الشَرح:

وفی صحیحه الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: فی الموضحه خمس من الإبل وفی السمحاق أربع من الإبل، والباضعه ثلاث من الإبل، والمأمومه ثلاث وثلاثون من الإبل، والجائفه ثلاث وثلاثون والمنقّله خمس عشره من الإبل(1). فإنّ مع کون کلّ ما ورد فیها دیه شجّاج علی ما تقدّم کیف تجعل الجائفه مطلقه تعمّ الجراح فی سائر الأعضاء من الجسد؟

وکذا فی روایه زید الشحام قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن الشجّه المأمومه؟ فقال: فیها ثلث الدیه، وفی الجائفه ثلث الدیه، وفی الموضحه خمس من الإبل(2).

ولا یخفی ان ما یقال أنّ اسم الجائفه لا تعمّ الجرح الوارد علی غیر الرأس والوجه أمر لا أساس له فإنّ المنسبق منها الجرح الواصل إلی الجوف.

نعم، دعوی أنّ الجائفه الوارده فی الروایات التیذکرت فیها أنّ دیتها ثلث الدیه لا تعمّ الجائفه فی غیر الرأس وأنّها ناظره إلی بیان دیه الجائفه فی الرأس لها وجه فإنّ الروایات التی ذکرها یمکن المناقشه فی إطلاقها بدعوی أنّ الدیه المذکوره فیها کما ذکر فی مواردها بغرض الشجاج ولو بقرینه السیاق.

ولکن یمکن الجواب عن المناقشه بأنّ السیاق لا تحسب قرینه علی رفع الید عن إطلاق المطلق نظیر ما ورد فی معتبره أبی مریم قال: قال لی أبو عبداللّه علیه السلام إنّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله قد کتب لابن حزم کتاباً فخذه منه فأتنی به حتّی أنظر إلیه، قال: فانطلقت إلیه فأخذت منه الکتاب ثمّ أتیته به فعرضته علیه فإذا فیه من أبواب الصدقات وأبواب الدیات، وإذا فیه: فی العین خمسون وفیالجائفه الثلث، وفی

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 379 ، الباب 2 من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث 4.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 379 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 5.

....

الشَرح:

المنقّله خمس عشره، وفى الموضحه خمس من الأبل(1). حيث إنّ الجائفه فى هذه الروايه مطلقه كالعين ولا يكون ذكر المنقّله والموضحه قرينه على تقييدها.

وما فى كلام المقنع والكلينى من اختصاص الجائفه بالشجّه فى مقابل المأمومه لا يمكن المساعده عليه فإن ذلک وإن ورد فى روايه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال: فى السمحاق، وهى التى دون الموضحه خمسمئه درهم، وفيها إذا كان فى الوجه ضعف الديه على قدر الشين، وفى المأمومه ثلث الديه، وهى التى نفذت ولم تصل إلى الجوف فهى فيما بينهما، وفى الجائفه ثلث الديه، وهى التى بلغت جوف الدماغ، وفى المنقّله خمس عشره من الإبل وهى التى قد صارت قرحه تنقل منها العظام(2).

ولو أُغمض عن ذلک كلّه وقلنا بأنّه لا يستفاد من هذه الروايه أكثر من ديه جائفه الرأس لإهمال تلک الروايات بالإضافه إلى ديه غير الرأس أو لإجمال الجائفه يكفى فى المقام معتبره ظريف حيث ورد فيها: فى جائفه الصدر بعد بيان كسر الأضلاع وجرحها: وفى موضحه كلّ ضلع منها ربع ديه كسره ديناران ونصف، فإن نقب ضلع منها فديتها ديناران ونصف، وفى الجائفه ثلث ديه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار(3). فلا مورد للتأمّل فى أنّ الجائفه ديتها فى الجسد أيضاً الثلث كما فى الرأس إذا سلم منها ولم يترتّب عليه الموت أو زوال العقل أو غيره.

ثمّ إنّ المشهور بين الأصحاب بل المجمع عليه عندهم عدم ثبوت القصاص فى الجائفه، سواء كانت فى الرأس أو سائر الأطراف وفى مقطوعه أبى حمزه: وفى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 381 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 13.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 380 ، الباب 2 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث 9.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الجائفه ما وقعت فى الجوف ليس فها قصاص إلاّ الحكومه(1). والظاهر أنّ المراد بالحكومه الحكم بثلث الديه.

ويؤيده ما تقدّم من عدم ثبوت القصاص فى كسر العظام لعدم إمكان رعايه المماثله فى الاقتصاص منها فإنّ ذلک يجرى فى المقام أيضاً، فتدبّر. والأحوط التصالح بالديه فى جائفه سائر الجسد غير الرأس.

ثمّ إنّه قد ذكر الماتن أنّ الجانى إذا جرح فى عضو ثمّ أجاف ذلک الجرح لزمه ديه الجرح ثمّ ديه الجائفه.

ويظهر الوجه فى ذلک ممّا تقدّم آنفاً أنّه إذا حصل الجنايتان بفعلين يثبت على الجانى ديه كلّ منهما، فإذا شقّ الكتف مثلاً حتّى يحاذى الجنب ثمّ أجافه فلتعدّد الضربه يثبت عليه ديه الجرح أوّلاً وديه الجائفه ثانياً، واحتمال ثبوت الديه الجائفه فقط؛ لأنّ الجرح الحاصل ولو بفعلين واحد يكون على الجانى ديه أغلظهما كماترى، فإنّ الموجود حقيقه جنايتان حصلت كلّ منهما بضربه غير الحاصله بالأخرى.

ثمّ ما ذكر من جائفه الرأس التى فيها ثلث الديه إنّما هو فيما إذا دخل الجرح فى جوف الدماغ.

وأمّا إذا دخل فى جوف الخدّ فليس فيها ثلث الديه، بل كما يأتى أنّ الجرح إذا نفذ فيه بحيث يرى جوف الفم فديتها مئتا دينار فإن دووى والتأم ولكن كان فيه أثر بين وشتر يزداد على مئتين خمسين ديناراً، كما ورد ذلک فى معتبره ظريف ويأتى التعرّض لذلک عند تعرّض الماتن لتساوى ديه الشجاج من الرأس والوجه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 180 ، الباب 16 من أبواب قصاص الطرف، الحديث 2.

فروع:

لو أجافه واحد، كان عليه ديه الجائفه. ولو أدخل آخر سكّينه ولم يزد فعليه التعزير حسب[1]. وإن وسعها باطناً أو ظاهراً ففيه الحكومه. ولو وسعها فيهما فهى جائفه أُخرى كما لو انفردت. ولو أبرز حشوته فالثانى قاتل.

ولو خيطت ففتقها آخر، فإن كانت بحالها لم تلتئم، ولم تحصل بالفتق جنايه، قال الشيخ رحمه الله : فلا أرش ويعزّر[2] والأقرب الأرش؛ لأنّه لابدّ من أذى، ولو فى الخياطه ثانياً. ولو التحم البعض ففيه الحكومه. ولو كان بعد الاندمال فهى جائفه مبتكره فعليه ثلث الديه.

الشَرح:

فروع: لو أجافه واحد

[1] وذلک فإنّ بالإدخال المذكور وإن لم تحصل جنايه ولو بتوسعه الجرح فى ظاهره ولا فى باطنه إلاّ أنّه ظلم وتعدٍّ يستحقّ فاعله التعزير، وأمّا إذا وسّعه ظاهراً أو باطناً ففيه الحكومه؛ لأنّ التوسعه فى أحدهما لا تعدّ جائفه فإنّ الجائفه ما يكون الجرح بالجرح من الظاهر وإيصاله إلى الباطن والجوف، وعلى ذلک فإن وسّعه فيهما يكون جائفه أُخرى عليه ثلث الديه، من غير فرق بين أن يكون من الجارح الأوّل أو شخص آخر. ولو جرح أحد الشخصين الجائفه والآخر أبرز حشوته يعدّ الأوّل مع موت المجنى عليه جارحاً وعليه ثلث الديه وعلى الآخر حيث إنّ إبراز الحشوه يكون جرحاً قاتلاً عاده الاقتصاص منه أو أخذ الديه صلحاً أو على عاقلته إن كان من الخطأ المحض.

لو خيطت ففتقها آخر

[2] الأظهر كما عليه الماتن يتعلّق بالفتق مع عدم الالتام الأرش فإنّ الجنايه قبل ذلک لم تكن محتاجه إلى الخياطه وبالفتق جعلها محتاجه فعلى الثانى أرش ذلک كما أنّه يتعلّق عليه الأرش ما إذا كان بعض الجرح ملتئماً فالفتق بعمله، ولو كان ملتئماً تمامه فانفتق بفعله فهو جائفه أُخرى جديده فعليه ثلث الديه.

ص :294

ولو أجافه اثنتين فثلثا الديه[1]. ولو طعن فى صدره فخرج من ظهره، قال فى المبسوط واحده، وفى الخلاف: اثنتان وهو أشبه[2].

الشَرح:

[1] لأنّ لكلّ من الجائفتين ديتها ثلث الديه فعلى الجانى يكون ثلثا ديه النفس فإن أعطى من الإبل فعليه ستّه وستّين إبلاً.

لو طعن فى صدره فخرج من ظهره

[2] المحتملات فى المسأله ثلاثه:

الأوّل: ما ذكره فى المبسوط(1) فإنّه حيث كان الجرح بضربه واحده متّصلاً من الأوّل يحسب جائفه واحده يكون على الجانى ديتها، وقيل إنّ الوحده ظاهر فتاوى العلماء(2) حيث إنّ الضربه والجنايه واحده ومال إلى ذلک فى الجواهر(3).

والثانى: أنّها جنايتان لما تقدّم من أنّه إذا كانت الضربه الواحده بحيث شمل الجرح عضوين فيحسب ذلک جنايتان وجرحان كما شمل بالضربه الواحده الجرح الرأس والجبين، وما تقدّم من أنّ الضربه الواحده إذا أوجبت جنايتين أحدهما أغلظ من الأُخرى يكون على الجانى أغلظهما إنّما هو فيما إذا كانت الجنايتان مترتّبين أو كانتا فى عضو واحد.

الثالث: وهو أن لا يكون عليه ديه الجائفه فقط، بأن تكون ديتها أكثر ويستفاد ذلک من معتبره ظريف بعد بيان أنّ: فى الجائفه ثلث ديه النفس ثلاثمئه وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وإن نفذت من الجانبين كليهما رميه أو طعنه فديتها أربعمئه دينار وثلاثه وثلاثون ديناراً وثلث دينار(4). وحيث إنّه لا معارض لها فيؤخذ بما ورد فيها.

1- (1) المبسوط 7 : 125.
2- (2) حكاه الفاضل الهندى عن الشهيد فى كشف اللثام 2 : 518 (القديمه).
3- (3) جواهر الكلام 43 : 344.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 304 - 305 ، الباب 13 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(الرابعه): قيل: إذا نفذت نافذه فى شىء من أطراف الرجل ففيها مئه دينار[1].

(الخامسه): فى احمرار الوجه بالجنايه دينار ونصف، وفى اخضراره ثلاثه دنانير[2]، وكذا فى الاسوداد عند قوم. وعند الآخرين سته دنانير، وهو أولى، لروايه إسحاق بن عمّار، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، ولما فيه من زياده النكايه. قال جماعه: وديه هذه الثلاث فى البدن، على النصف.

الشَرح:

ديه ما إذا نفذت نافذه

[1] القائل هو الشيخ قدس سره وجماعه من أصحابنا فإنّهم ذهبوا إلى الجرح النافذ فى شىء من أطراف الرجل بحيث لا يدخل فى عنوان الجائفه ديته مئه دينار لما ورد في معتبره ظريف المروى فى الكافى والفقيه والتهذيب: وأفتى [يعنى علياً عليه السلام] فى النافذه إذا انفذت من رمح أو خنجر فى شىء من البدن فى أطرافه فديتها عشر ديه الرجل مئه دينار(1). نعم يرفع اليد عن إطلاقها فى عضو ورد فى ديه نافذته كالأنف والوجه تعيين الديه بغيرها ويؤخذ بها فى غير ذلک، وتعبير الماتن فى التقدير ب (قيل) المشعر بالتضعيف والتردّد منه بلا موجب.

إلاّ أن يقال إنّ العموم المزبور لا يمكن الأخذ به كما إذا كان الجرح النافذ فى اليد فضلاً عن الأصابع والأنامل.

أقول: إذا لم يمكن الأخذ بالعموم والإطلاق فى خطاب يقتصر فيه على القدر اليقين وهى الجرح الذى لو كانت جائفه كانت ديتها ثلث ديه الرجل.

ديه احمرار الوجه واخضراره واسوداده

[2] وفى صحيحه إسحاق بن عمّار أو موثّقته، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى اللطمه يسودّ أثرها فى الوجه أنّ أرشها ستّه دنانير فإن لم تسودّ

1- (1) الكافى 7: 327، الحديث 5. الفقيه 4: 92، ذيل الحديث 5150 - التهذيب 10: 292، الحديث 13.

....

الشَرح:

واخضرّت فإنّ أرشها ثلاثه دنانير فإن احمرّت ولم تخضارّ فإنّ أرشها دينار ونصف(1).

وأمّا القول بأنّ فى فرض الاسوداء الديه ثلاثه دنانير فلا نعرف له وجهاً إلاّ المحكى(2) عن السيدين مدّعيين عليه الإجماع، ولكنّ الإجماع غير متحقّق قطعاً حيث إنّ المحكى عن الأكثر أنّها ستّه دنانير، وتدلّ عليه روايه إسحاق بن عمار المتقدّمه.

هذا كلّه إذا كان فى الوجه.

وأمّا إذا كان فى سائر الجسد فمقتضى روايه إسحاق على ما فى الفقيه(3)، نصف ذلک حيث ورد فى ذيلها: «وفى البدن نصف ذلک» ويؤخذ بتلک الزياده؛ لأنّ روايه الكافى أو التهذيب لا ينافيها.

ثمّ إنّ ظاهر جمله من الأصحاب عدم اختصاص الحكم بالضرب، بل إذا حصل الاسوداد أو الاخضرار أو الاحمرار بأىّ جنايه تكون الديه كما ذكر، وما ورد فى الموثّقه وإن كان عنوان اللطمه الظاهره فيالضرب باليد إلاّ أنّ الظاهر أنّ الضرب بغيرها بسوط أو خشب ونحوه أيضاً إذا أوجب الاحمرار أو الاسوداد أو الاخضرار تكون ديتها كذلک، وأمّا التعدّى إلى مطلق الجنايه ففيه تأمّل وإن قيل بذلک بدعوى الإجماع عليه.

ومقتضى الإطلاق فى الموثّقه ثبوت الديه بما ورد فيها من غير فرق بين الرجل والمرأه وما ورد فى الروايات من تساوى المرأه والرجل فى ديه الجراحات إلى أن تبلغ الثلث وإذا بلغ الثلث ضعف ديه الرجل وإن كان لا يعمّ المقام لفرض الكلام فى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 384 ، الباب 4 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث الأوّل.
2- (2) حكاه المحقق فى جواهر الكلام 43 : 347 ، غنيه النزوع: 420 ، الانتصار: 549 ، المسأله 309.

3- (3) من لا يحضره الفقيه 4 : 158 ، الحديث 5359.

(السادسه): كلّ عضو ديته مقدّره، ففى شلله ثلثا ديته، كاليدين والرجلين والأصابع. وفى قطعه بعد شلله، ثلث ديته[1].

الشَرح:

اللطمه، إلاّ أنّ ما دلّ أيضاً من أنّ ديه المرأه نصف ديه الرجل ظاهره ديه النفس والأعضاء لا هذا النوع من الضرب فلا يبعد الأخذ بإطلاق الموثّقه.

بل يقتضى تساويهما فى الديه ما ورد فى صحيحه أبان بن تغلب: أنّ المرأه تعاقل الرجل إلى ثلث الديه فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف(1).

ديه شلل العضو وقطعه

[1] بلا خلاف معروف ويمكن أن يستظهر ذلک من صحيحه الفضيل بن يسار قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الذراع إذا ضرب فانكسر منه الزند قال: فقال: إذا يبست منه الكفّ فشلّت أصابع الكفّ كلّها فإنّ فيها ثلثى الديه ديه اليد، قال: وإن شلّت بعض الأصابع وبقى بعض فإنّ فى كلّ إصبع شلّت ثلثى ديتها، قال: وكذلک الحكم فى الساق والقدم إذا شلّت أصابع القدم(2). فإنّ قوله عليه السلام : «وكذلک الحكم فى الساق والقدم» ظاهره أنّ ما ذكر من ثلثى ديه العضو حكم الشلل.

لا يقال: هذه الصحيحه يعارضها ما دلّ على أنّ فى شلل الإصبع تمام ديتها وكذلک فى شلل اليدين تمام ديه اليدين وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الإصبع عشر الديه إذا قطعت وشلّت. الحديث(3).

وفى موثقه زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام : فى الإصبع عشر من الإبل إذا قطعت من أصلها أو شلّت(4).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 352 ، الباب 44 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 347 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 346 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 348 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 8.

....

الشَرح:

وفی معتبره ظریف من کتاب الدیات: والشلل فی الیدین کلتاهما ألف دینار، وشلل الرجلین ألف دینار(1). مع أنّ یونس قد عرض کتاب الدیات علی أبی الحسن الرضا علیه السلام .

فإنّه یقال: إنّ ما ذکر من الروایات وإن تعدّ من المعارض لصحیحه الفضیل بن یسار إلاّ أنّه لابدّ من الأخذ بالصحیحه وطرح تلک الروایات فی مقام المعارضه لکون تلک الروایات موافقه للعامّه، وعرض یونس کتاب الدیات علی أبی الحسن الرضا علیه السلام لا ینافی ذلک فإنّ تصدیقه علیه السلام بأنّ ما فیه عن علی علیه السلام غیر کون ما فیه الأحکام الواقعیه، فإنّ أمیر المؤمنین علیه السلام حتّی فی زمان خلافته کان مبتلی بالتقیّه فیمکن أن یکون بعض ما فیه من جهه رعایتها.

ویؤیّد کون شلل العضو ثلثی دیه ذلک العضو ما ورد فی دیه العضو المشلول من أنّ دیته ثلث دیه العضو، وفی روایه الحکم بن عتیبه، عن أبی جعفر علیه السلام کلّ ما کان من شلل فهو علی الثلث من دیه الصحاح(2). وفی صحیحه برید بن معاویه، عن أبی جعفر علیه السلام قال: فی لسان الأخرس وعین االأعمی وذکر الخصی وأنثییه ثلث الدیه(3).

والحاصل کون دیه الشلل ثلثی دیه العضو مع کون دیه العضو المشلول ثلثاً وإن لا ینافی مع قیام الدلیل علی الخلاف فی مورد، إلاّ أنّ مع عدم القیام مقتضی کون دیه المشلول ثلث دیه ذلک العضو مقتضاه أن یکون دیه الشلل ثلثی دیه ذلک العضو.

نعم، یرفع الید عمّا ذکر من أنّ دیه العضو المشلول ثلث دیه ذلک العضو فی قطع ذکر العنین، فإنّ العنین ذکره وإن کان داخلاً فی العضو المشلول إلاّ أنّ دیته فی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام الدیه الکامله فإنّه روی عن أبی عبداللّه علیه السلام

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 283 - 284 ، الباب الأوّل من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 345 ، الباب 39 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 336 ، الباب 31 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

(السابعه): ديه الشجاج فى الرأس والوجه سواء، ومثلها فى البدن بنسبه العضو الذى يتّفق فيه من ديه الرأس[1].

الشَرح:

قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : فى ذكر الصبى الديه، وفى ذكر العنين الديه(1). والمشهور وإن ذكروا أنّ ديه قطعه كسائر العضو المشلول ثلث الديه إلاّ أنّه لا موجب لرفع اليد عن المعتبره والالتزام بخروج ذلک عن الإطلاق والعموم وقد حكى(2) عن الصدوق والإسكافى الالتزام بذلک فى ذكر العنين مع التزامهم فى ذكر الخصى بالثلث.

ويؤيد الحكم فى العنين صحيحه إبراهيم بن عمر، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلاً بعصا فذهب سمعه وبصره ولسانه وعقله وفرجه وانقطع جماعه وهو حىّ بستّ ديات(3). فإنّ انقطاع الجماع عباره أُخرى عن صيرورته عنيناً، ولكن ذكر ذهاب الفرج فى مقابله كما هو مقتضى الحكم بستّ ديات لا يناسب ذلک إلاّ أن يقال ذهاب الفرج بمعنى ذهاب الحشفه، فتدبر.

بقى حكم من سلّت خصيتاه فإنّه إن أدّى إلى شلل الذكر ففى قطع ذكره ديه الخصىّ وإن لم يؤدِ إلى ذلک ففى قطعه الديه الكامله.

ديه الشجاج فى الرأس والوجه سواء

[1] أقول: ما ذكر الماتن قدس سره فى المقام أمران:

أحدهما: استواء ديه الشجاج فى الرأس مع ديات الشجاج فى الوجه، وبتعبير آخر ما ذكر فى ديات الجراحات فى الرأس بعينها الديات فى مثل تلک الجراحات فى الوجه.

الثانى: أنّ الجراحات التى ذكرت ديتها فى الرأس فإن وقعت مثل تلک الجراحات فى سائر أعضاء البدن تتعيّن ديه تلک الجراحات بملاحظه النسبه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 339 ، الباب 35 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) حكاه العلاّمه فى مختلف الشيعه 9 : 427 ، المقنع: 522.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 365 ، الباب 6 من أبواب ديات المنافع، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الملحوظه بين ديه الجراحه الواقعه على الرأس وبين ديه الرأس أى ديه النفس بالأخذ بتلک النسبه بين الجراحه الواقعه على العضو وبين تمام ديه ذلک العضو، مثلاً قد تقدّم أنّ النسبه فى ديه الحارصه فى الرأس وبين ديه الرأس أى ديه النفس جزء من مئه جزء ديه النفس، فتكون الحارصه الواقعه على اليد جزءاً من مئه جزء من ديه اليد أى خمسمئه درهم المساوى لنصف بعير أو خمسه دنانير، والحارصه الواقعه على أنمله الإصبع جزء من مئه جزء من ديه الإصبع فتكون ديته نصف عشر بعير أو نصف دينار وهكذا.

وقد تقدّم أنّ ديه الجائفه وإن كانت ثلث الديه فى الرأس إلاّ أنّ ديتها فى الخدّ لا تكون ثلث الديه؛ لما ورد فى معتبره ظريف، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: فى الخدّ إذا كانت فيه نافذه يرى منها جوف الفم فديتها مئتا دينار، فإن دووى فبرأ والتأم وبه أثر بيّن وشتر فاحش فديته خمسون ديناراً(1). فإنّ النافذه فى الخدّ الذى عضو خاصّ من الوجه كانت بحيث يرى منه جوف الفم تعدّ جائفه مع أنّ ديتها على تقدير الشين والشتر تصير مئتين وخمسين ديناراً وبلا شين وشتر مئتى دينار فيرفع اليد بذلک عن الإطلاق المتقدّم من تقدير ديه الجائفه بثلث الديه.

وبالجمله، مقتضى ما ورد فى ديه الشجاج تساوى ديه الشجّه الواقعه على الرأس مع الشجّه الواقعه فى الوجه، حيث إنّ الشجّه تعمّ الجرح الوارد على الرأس والوجه ويؤيد ما فى روايه الحسن بن صالح الثورى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن الموضحه فى الرأس كما هى فى الوجه؟ فقال: «الموضحه والشجاج فى الوجه والرأس سواء فى الديه؛ لأنّ الوجه من الرأس، وليست الجراحات فى الجسد كما هى فى الرأس»(2) ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «إنّ

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 295 ، الباب 6 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 385 ، الباب 5 من أبواب ديات الشجاج والجراح، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الموضحه فی الوجه والرأس سواء»(1) کما لا یبعد أن یلتزم بأنّ الموضحه إذا کانت فی الجسد دیتها أربعون دیناراً کما هو ظاهر معتبره ظریف.

وبالجمله، لا ینبغی التأمّل فی أنّ دیه الموضحه فی الوجه یساوی دیه الموضحه للرأس فی کونها خمسه من الإبل أو خمسین دیناراً لقوله علیه السلام فی معتبره السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله : «إنّ الموضحه فی الرأس والوجه سواء»(2) ومقتضی إطلاقها عدم الفرق بین کونها موضحه من الخدّ أو غیره من مواضع الوجه، بل لا یبعد أن یجری التساوی فی سائر الجروح الوارده علی الوجه ممّا ذکر دیته فی الرأس؛ لأنّ الشجّه الخاصّه إذا کانت دیتها معیّنه تصدق علی ما فی الوجه أیضاً.

نعم، إنّ ما ورد فی دیه الجائفه فی الرأس لا یجری فی الجائفه من الخدّ لما تقدّم من أنّ دیتها مئتا دینار إذا برئ من غیر شین وإلاّ یزاد علیها خمسون دیناراً، وعلی کلّ من التقدیرین تکون دیته أقل من ثلث الدیه، وذکرنا أیضاً لا فرق بین الرأس ومثل الصدر والبطن فی أنّ دیه الجائفه فی کلّ منها ثلث الدیه.

هذا بالإضافه إلی ما ذکر من کون الشجاج من الرأس والوجه سواء فی الدیه، وأمّا سائر الأعضاء من البدن التی لکلّ منها دیه مقدّره ذکرنا فیما تقدّم، فإن ورد علی تلک الأعضاء مثل ما ذکرناها فی الرأس من الجراحات فالمعروف بین الأصحاب یلاحظ النسبه بین دیه الشجه الواقعه علی الرأس وبین دیه الرأس أی دیه النفس فیتعیّن دیه الجراحه الواقعه علی سائر الأعضاء بالأخذ بتلک النسبه من دیه ذلک العضو، فلا یلائم ما ورد فی معتبره ظریف التی ذکرناها فی بیان دیه الأعضاء

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 385 ، الباب 5 من أبواب دیات الشجاج والجراح، الحدیث 2.
2- (2) المصدر المتقدم.

(الثامنه): المرأه تساوى الرجل فى ديّات الأعضاء والجراح، حتّى تبلغ ثلث ديه الرجل[1]، ثمّ تصير على النصف، سواء كان الجانى رجلاً أو امرأه. ففى الإِصبع مئه، وفى الاثنتين مئتان، وفى الثلاث ثلاثمئه، وفى الأربع مئتان. وكذا يُقتص مع الرد.

الشَرح:

والجراحات الواقعه عليها فى كلّ مورد فالأحوط التصالح فى مقدار الديه فى تلك الموارد وإن لا يبعد أن يؤخذ بما فى المعتبره ويؤخذ بالأرش فى غيرها.

المرأه تساوى الرجل فى ديات الأعضاء

[1] لا خلاف بين الأصحاب فى أنّ كلّ جنايه تردّ على الرجل فى عضوه من قطع أو كسر عظمه أو ذهاب نفعه فإن كانت ديتها أقلّ من ثلث ديه نفسه تكون ديه تلك الجنايه فى الرجل والمرأه على حدٍّ سواء.

ويدلّ على ذلك جمله من الروايات:

منها صحيحه أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبداللّه عليه السلام : ما تقول فى رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأه، كم فيها؟ قال: عشره من الإبل، قلت قطع اثنتين؟ قال عشرون، قلت: قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون، قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون، قلت: سبحان اللّه يقطع ثلاثاً فيكون عليه ثلاثون، ويقطع أربعاً فيكون عليه عشرون إنّ هذا كان يبلغنا ونحن بالعراق فنتبرّأ ممّن قاله ونقول: الذى جاء به شيطان فقال: مهلاً يا أبان هكذا حكم رسول اللّه صلى الله عليه و آله إنّ المرأه تعاقل الرجل إلى ثلث الديه، فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف، يا أبان إنّك أخذتنى بالقياس، والسنّه إذا قيست محق الدين. رواها المشايخ الثلاثه(1) بأسانيدهم.

1- (1) الكافى 7 : 299 ، الحديث 6 ، من لا يحضره الفقيه 4 : 118 119 ، الحديث 5239 ، التهذيب 10 : 184 ، الحديث 16.

....

الشَرح:

وموثقه سماعه قال: سألته عن جراحه النساء فقال: «الرجال والنساء فى الديه سواء حتّى تبلغ الثلث فإذا جازت الثلث فإنّها مثل نصف ديه الرجل»(1).

وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال: «جراحات الرجال والنساء: سواء سنّ المرأه بسنّ الرجل، وموضحه المرأه بموضحه الرجل، وإصبع المرأه بإصبع الرجل حتّى تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعفت ديه الرجل على ديه المرأه»(2).

وهذا فيما إذا لم تبلغ الديه ثلث ديه الرجل ممّا لا كلام فيه، وأمّا إذا بلغ الثلث فهل تكون ديه المرأه على النصف؟ أو أنّ الرجوع إلى النصف فى ما إذا تجاوز ديه الجنايه ثلث ديه الرجل، كما إذا جنى الرجل على المرأه بالجراحه الجائفه التى ديتها الثلث فهل تساوى فى ذلک ديه الرجل والمرأه أو ترجع ديه المرأه إلى نصف ثلث ديه الرجل؟ مقتضى بعض الروايات الوارده فى المقام أنّ الملاک فى رجوع ديه المرأه على النصف بلوغ الديه ثلث ديه الرجل كما هو ظاهر صحيحه الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السلام : «جراحات الرجال والنساء سواء حتّى تبلغ الجراحه ثلث الديه وإذا بلغت الثلث ضعف ديه الرجل على ديه المرأه(3)، ونحوها غيرها.

ومقتضى بعضها أنّ الملاک فى الرجوع إلى النصف تجاوز الديه ثلث ديه الرجل كما هو مقتضى موثّقه سماعه(4) وغيره فيتعارضان فيما إذا كانت الديه بمقدار الثلث من غير تجاوز فيتساقطان بالمعارضه فيرجع إلى إطلاق ما دلّ على أنّ: «ديه المرأه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 352 ، الباب 44 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 163 ، الباب الأوّل من أبواب قصاص الطرف، الحديث الأوّل.
3- (3) المصدر المتقدم.

4- (4) تقدمت آنفاً.

....

الشَرح:

نصف ديه الرجل»(1).

وفى معتبره أبى مريم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «جراحات النساء على النصف من جراحات الرجال فى كلّ شىء»(2)، ويرفع اليد عن العموم فيما إذا لم تبلغ الديه الثلث وقد ذكر الماتن قدس سره أنّ تساوى ديه الجنايه على المرأه مع ديه الرجل لا يختصّ بما إذا كان الجانى على المرأه رجلاً بأن قطع الرجل إصبع امرأه، بل لو قطعت امرأه إصبع امرأه أُخرى خطأً فالديه عشره من الإبل لا خمسه، وهذا هو المشهور بين الأصحاب.

ولكن ذكر بعض(3) اختصاص التساوى بما إذا كان الجانى على المرأه رجلاً وإلاّ فديه المرأه نصف ديه الرجل فلا يكون على المرأه التى قطعت إصبع امرأه أُخرى إلاّ خمسه من الإبل، وقد علّل الاختصاص بأنّ المفروض فى الروايات التى وردت فى تساوى ديه الرجل والمرأه إلى بلوغ الثلث كون الجانى عليها رجلاً فالتعدّى منها إلى غير المفروض يحتاج إلى دليل.

وفيه: أنّ جمله من الروايات كما ذكر، إلاّ أنّ فيها ما لم يفرض فيه كون الجانى على المرأه رجلاً كموثقه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «جراحات المرأه والرجل سواء إلى أن تبلغ ثلث الديه، فإذا جاز ذلک تضاعفت جراحه الرجل على جراحه المرأه ضعفين»(4).

وفى موثقه سماعه قال: سألته عن جراحه النساء؟ فقال: «الرجال والنساء فى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 205 ، الباب 5 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 384 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 2.
3- (3) وهو المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده والبرهان 14 : 471 472.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 383 ، الباب 3 من أبواب ديات الشجاج، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الديه سواء حتّى تبلغ الثلث، فإذا جازت الثلث فإنّها مثل نصف ديه الرجل»(1).

ثمّ إنّه إذا جنت المرأه على الرجل بما يوجب القصاص وأراد الرجل أو أولياؤه الاقتصاص من المرأه اقتصر على القصاص ولا يطالب منها شىء، كما تقدّم الكلام فى ذلک فى كتاب القصاص، وقلنا: إنّ الجانى لا يضمن أزيد من نفسه كما يدلّ على ذلک صحيحه عبداللّه بن سنان قال: سمعت أبا عبداللّه عليه السلام يقول: فى رجل قتل امرأه متعمّداً، قال: إن شاء أهلها أن يقتلوه قتلوه، ويؤدّوا إلى أهله نصف الديه، وإن شاؤوا أخذوا نصف الديه خسمه آلاف درهم. وقال فى امرأه قتلت زوجها متعمّده قال: إن شاء أهله أن يقتلوها قتلوها وليس يجنى أحد أكثر من جنايته على نفسه(2). وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: فى الرجل يقتل المرأه متعمّداً فأراد أهل المرأه أن يقتلوه، قال: ذاک لهم إذا أدّوا إلى أهله نصف الديه، وإن قبلوا الديه فلهم نصف ديه الرجل، وإن قتلت المرأه الرجل، قتلت به ليس لهم إلاّ نفسها. وفى ذيلها: جراحات الرجال والنساء سواء: سنّ المرأه بسنّ الرجل، وموضحه المرأه بموضحه الرجل، وإصبع المرأه بإصبع الرجل حتّى تبلغ الجراحه ثلث الديه، فإذا بلغت ثلث الديه ضعفت ديه الرجل على ديه المرأه(3).

وعلى ذلک فإن جنت المرأه على الرجل بقطع إحدى يديه، فإن أراد المجنى عليه القصاص يقطع إحدى يديها من غير مطالبه نصف ديه اليد؛ لأنّ الجانى لا يجنى أكثر من نفسه، وأمّا إذا قطع الرجل إحدى يدى المرأه فإن أرادت المرأه القصاص من الرجل لابدّ من أن تعطيه نصف ديه يده أو تأخذ نصف ديه يد الرجل أى مئتين وخمسين ديناراً.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 352 ، الباب 44 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 80 ، الباب 33 ، من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

3- (3) الكافى 7 : 298 299 ، الحديث 2.

(التاسعه): كلّ ما فيه ديه الرجل من الأعضاء والجراح، فيه من المرأه ديتها[1]. وكذا من الذمى ديته، ومن العبد قيمته. وما فيه مقدَّر من الحرّ، فهو بنسبته من ديه المرأه والذمّى وقيمه العبد.

(العاشره): كلّ موضع قلنا: فيه الأرش والحكومه، فهما واحد، والمعنى أنّه يُقوَّم صحيحاً لو كان مملوكاً، ويُقوَّم مع الجنايه، ويُنسب إلى القيمه، ويؤخذ من الديه بحسابه. وإن كان المجنى عليه مملوكاً، أخذ مولاه قدر النقصان[2].

الشَرح:

ديه المرأه من الأعضاء والجراح والذمّى والعبد

[1] ذكر قدس سره فى هذه المسأله أنّ كلّ جنايه على الرجل الحرّ المسلم فيها ديه الرجل كقطع يديه ورجليه أو أذنيه أو إذهاب سمعه وبصره وبعض الجرح، ففى تلك الجنايه إذا وقعت على المرأه ديه المرأه فيكون فى قطع يدى المرأه خمسمئه دينار نصف ديه الرجل، وإذا وقعت تلك الجنايه على العبد يكون تمام قيمتها ومن الذمّى ديته ومن الذمّيه نصف ديه الذمّى.

وأمّا إذا كانت الجنايه على الرجل الحرّ بحيث تكون ديتها مقدّره فيلاحظ نسبه تلك الديه إلى ديه النفس فيؤخذ بتلك النسبه من ديه المرأه أو الذمى أو قيمه العبد.

نعم، يلاحظ تساوى ديه الرجل والمرأه إلى ثلث ديه الرجل وملاحظه النسبه بعد بلوغ الديه فى الرجل الثلث.

الأرش والحكومه

[2] كلّما يطلق فى كلمات الأصحاب فى الجنايه المفروضه الأرش أو الحكومه، فالمراد واحد وهو أنّه لو كان المجنى عليه حرّاً ولم تكن فى الجنايه الواقعه عليه تقدير ديه، يفرض أنّ الحر عبد ولم يكن فيه الجنايه المفروضه، ويلاحظ أنّ قيمته أى مقدار، ويقوّم أيضاً قيمته لو كان عبداً مع الجنايه أى مقدار، ويعيّن نسبه نقص قيمته بالجنايه ويعيّن ديتها بتلك النسبه من ديه النفس.

ص :307

....

الشَرح:

وأمّا إذا كان المجنى عليه عبداً يأخذ مولاه بتفاوت ما بين قيمته صحيحاً وقيمته مع تلک الجنايه، ولكن هذه الطريقه لا تنفع فيما إذا كانت الجنايه بحيث لا توجب تفاوتاً فى القيمه، كما إذا قطع شيئاً زائداً فى شىء من أعضائه أو بدنه.

ودعوى أنّ هذا القطع يؤثر أيضاً فى القيمه ولو عند وقوعها: لأنّها فى معرض السرايه كما ترى فإنّ استقرار ضمان الجنايه إمّا بالبرء أي عدم السرايه أو بالسرايه، وإذا فرض عدم السرايه كيف يحسب له أرشاً؟ وقد ورد فى الروايات تعيين الديه فى بعض الجنايه التى لا يتفاوت بها قيمه العبد حيث لا يحسب عيباً، كما ورد ذلک فى أرش اللطمه فإنّ اللطمه مع زوالها بزمان قليل جداً لا يوجب تفاوتاً فى قيمه العبد، وقد ورد فى صحيحه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى حديث قال: إنّ عندنا الجامعه، قلت: وما الجامعه؟ قال: صحيفه فيها كلّ حلال وحرام، وكلّ شىء يحتاج إليه الناس حتّى الأرش فى الخدش، وضرب بيده إلىّ فقال: تأذن يا أبا محمد؟ قلت: جعلت فداک إنّما أنا لک فاصنع ما شئت، فغمزنى بيده وقال: حتّى أرش هذا(1). وبالجمله الأرش فى هذه الموارد الديه مع أنّ الجنايه الواقعه لا توجب تفاوتاً فى قيمه العبد.

لا يقال: إنّ هذه الصحيحه لا يمكن الأخذ بظاهرها فإنّ مقتضاها أنّه لا مورد للأرش والحكومه فى موارد الجنايات، سواء كانت بحيث يختلف بها قيمه العبد أم لم تختلف، فإنّ فى كلّ جنايه ديه معيّنه حتّى أرش الخدش كما هو ظاهرها فلا يبقى مع ذلک مورد لمدلول صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام : ديه اليد إذا قطعت خمسون من الإبل فما كان جروحاً دون الاصطلام فيحكم به ذوا عدل منكم «ومن لم يحكم بما أنزل اللّه فأولئک هم الكافرون»(2).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 356 ، الباب 48 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 302، الباب 11 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2، والآيه 44 من سوره المائده.

(الحادیه عشره): من لا ولی له فالإمام علیه السلام ولی دمه یقتصّ إن قتل عمداً. وهل له العفو؟ الأصح: لا. وکذا لو قتل خطأً فله استیفاء الدیه، ولیس له العفو[1].

الشَرح:

وبالجمله، لا یبقی مع الأخذ بصحیحه أبی بصیر مورد للحکومه والأرش مع أنّ المشهور عند الأصحاب أنّ فی مورد الجنایه إن کانت الجنایه موجبه لنقص القیمه لو کان المجنی علیه عبداً فیؤخذ فی الحرّ بنسبه التفاوت بین القیمتین، وإن لم یوجب تفاوتاً فالأمر بید الحکم فیأخذ من الجانی للمجنی علیه مقداراً من المال بحیث ما یری مصلحه.

فإنّه یقال: لا منافاه بین مدلول صحیحه أبی بصیر وصحیحه عبداللّه بن سنان لأنّ تعیین الأرش فی کلّ أمر یحتاج إلیه الناس یمکن أن یکون بفرض المجنی علیه عبداً، ومع عدم التفاوت یحکم الحاکم بنظر المصلحه فإنّ هذا النحو أیضاً من تعیین من کلّ أمر یحتاج إلیه الناس، ولکن تعیین الأرش والحکومه بالطریق الذی یفرض الحرّ عبداً لم یتمّ علیه دلیل، ومقتضی صحیحه عبداللّه بن سنان الرجوع بحکم ذوی العدل یعنی حکم الحاکم بملاحظه نظر ذوی العدل تعیین مقدارالمال الذیجزاء للجنایه خصوصاً بملاحظه الموارد التی لا یمکن التعیین بفرض الحرّ عبداً کما فی مثل زماننا.

ولکن الإنصاف أنّ المقام لا یخلو عن صعوبه والأحوط التصالح.

الامام ولی من لا ولی له

[1] وقد تقدّم الکلام فی کتاب الإرث أنّ الإمام علیه السلام ولیّ من لا ولیّ له وإذا لم یکن للمسلم وارث مسلم یکون الإمام أولی بمیراثه.

ویشهد لذلک صحیحه سلیمان بن خالد، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی رجل مسلم قتل، وله أب نصرانی، لمن تکون دیته؟ قال: تؤخذ فتجعل فی بیت مال

....

الشَرح:

المسلمين(1). فى روايات متعدّده وفيها الصحيح عن أبى عبداللّه عليه السلام : «من مات وليس له مولى فماله من الأنفال»(2).

وصحيحه أبى ولاّد الحناط قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل مسلم قتل رجلاً مسلماً عمداً فلم يكن للمقتول أولياء من المسلمين إلاّ أولياء من أهل الذمه من قرابته، فقال: على الإمام أن يعرض على قرابته من أهل بيته الإسلام، فمن أسلم منهم فهو وليّه يدفع القاتل إليه فإن شاء قتل، وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الديه، فإن لم يسلم أحد كان الإمام ولىّ أمره، فإن شاء قتل، وإن شاء أخذ الديه فجعلها فى بيت مال المسلمين؛ لأنّ جنايه المقتول كانت على الإمام فكذلک تكون ديته لإمام المسلمين، قلت: فإن عفا عنه الإمام، فقال: إنّما هو حقّ جميع المسلمين وإنّما على الإمام أن يقتل أو يأخذ الديه، وليس له أن يعفو(3). وما فى عباره الماتن: يقتص إن قتل عمداً. فليكن المراد جوازالاقتصاص فإنّه عليه السلام مخيّر بين القصاص وأخذ الديه إن بذل الجانى الديه كما هو مقتضى ولايته على المقتول، نعم ليس له العفو عن الجنايه والبحث فى ذلک ينفع بالإضافه إلى الفقيه إذا تصدّى الحكومه فى زمان الغيبه بناءً على ثبوت الولايه له بالنيابه عن الإمام وإلاّ فلا يجوز له إلاّ ما تقتضيه الحسبه.

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 253 ، الباب 4 من أبواب ولاء ضمان الجريره، الحديث 5.
2- (2) وسائل الشيعه 26 : 247 ، الباب 3 من أبواب ولاء الضمان الجريره، الحديث 3.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 124 ، الباب 60 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

النظر الرابع

ص :311

سفید

ص :312

النَّظرُ الرابع

اشاره

فى اللواحق وهى أربعه:

(الأُولى): فى الجنين وديه الجنين المسلم الحرّ مئه دينار، إذا تمّ ولم تلجه الروح[1]، ذكراً كان أو أُنثى.

الشَرح:

النَّظرُ الرابع:

فى اللواحق

ديه الجنين قبل ولوج الروح

[1] هذا ما عليه المشهور بل ادّعى عليه الإجماع، ويدلّ عليه من الروايات معتبره ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: جعل ديه الجنين مئه دينار، وجعل منى الرجل إلى أن يكون جنيناً خمسه أجزاء، فإذا كان جنيناً قبل أن تلجه الروح مئه دينار، وذلک إنّ اللّه عزّوجلّ خلق الإنسان من سلاله وهى النطفه فهذا جزء، ثمّ علقه فهو جزآن ثمّ مضعه فهو ثلاثه أجزاء، ثمّ عظماً فهو أربعه أجزاء، ثمّ يكسا لحماً فحينئذٍ تمّ جنيناً فكملت له خمسه أجزاء مئه دينار، والمئه دينار خمسه أجزاء فجعل للنطفه خمس المئه عشرين ديناراً، وللعلقه خمسى المئه أربعين ديناراً، وللمضغه ثلاثه أخماس المئه ستّين ديناراً، وللعظم أربعه أخماس المئه ثمانين ديناراً، فإذا كسى اللحم كانت له مئه كامله، فإذا نشأ فيه خلق آخر وهو الروح فهو حينئذٍ نفس بألف دينار كامله إن كان ذكراً، وإن كان أُنثى فخمسمئه دينار، الحديث(1).

وروايه سليمان بن صالح، عن أبى عبداللّه عليه السلام : «فى النطفه عشرون ديناراً، وفى العلقه أربعون ديناراً، وفى المضعه ستّون ديناراً، وفى العظم ثمانون ديناراً، فإذا

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 312 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

كسى اللحم فمئه دينار، ثمّ هى ديته حتّى يستهلّ، فإذا استهلّ فالديه كامله»(1).

وفى روايه ابن مسكان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «ديه الجنين خمسه أجزاء: خمس للنطفه عشرون ديناراً، وللعلقه خمسان أربعون ديناراً، وللمضغه ثلاثه أخماس ستّون ديناراً، وللعظم أربعه أخماس ثمانون ديناراً، وإذا تمّ الجنين كانت له مئه دينار، فإذا أنشئ فيه الروح فديته ألف دينار أو عشره آلاف درهم إن كان ذكراً، وإن كان أنثى فخمسمئه دينار، وإن قتلت المرأه وهى حبلى فلم يدر أذكراً كان ولدها أم أنثى فديه الولد نصف ديه الذكر ونصف ديه الأنثى وديتها كامله(2).

وفى روايه سعيد بن المسيّب قال: سألت على بن الحسين عليهماالسلام عن رجل ضرب امرأه حاملاً برجله فطرحت ما فى بطنها ميّتاً، فقال: إن كان نطفه فإنّ عليه عشرين ديناراً، قلت: وما حدّ النطفه؟ فقال: هى التى إذا وقعت فى الرحم فاستقرّت فيه أربعين يوماً، وإن طرحته وهو علقه فإنّ عليه أربعين ديناراً، قلت: فما حدّ العلقه قال: هى التى إذا وقعت فى الرحم فاستقرّت فيه ثمانين يوماً، وإن طرحته وهو مضغه فإنّ عليه ستّين ديناراً، قلت: فما حدّ المضغه قال: هى التى إذا وقعت فى الرحم فاستقرّت فيه مئه وعشرين يوماً، قال: وان طرحته وهو نسمه مخلّقه له عظم ولحم مزيل الجوارح قد نفخت فيه روح العقل فإنّ عليه ديه كامله. الحديث(3).

ولكن قد ورد فى بعض الروايات ما ظاهرها أنّ ديه العظم مئه دينار وإن لم يكسه لحم كصحيحه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يضرب المرأه فتطرح النطفه؟ فقال: عليه عشرين ديناراً، فقلت: يضربها فتطرح العلقه، فقال:

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 313 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 229 ، الباب 21 من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 316 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 8.

....

الشَرح:

علیه أربعون دیناراً، قلت: فیضربها فتطرح المضغه، فقال: علیه ستّون دیناراً فقلت: فیضربها فتطرحه وقد صار له عظم، قال: علیه الدیه کامله. الحدیث(1).

وصحیحه أبی عبیده، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی امرأه شربت دواءً وهی حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها، قال: إن کان له عظم قد نبت علیه اللحم وشقّ له السمع والبصر فإنّ علیها دیه تسلّمها إلی أبیه، قال: وإن کان جنیناً علقه أو مضغه فإنّ علیها أربعین دیناراً أو غرّه تسلّمها إلی أبیه، قلت فهی لا ترث من ولدها من دیته؟ قال: لا لأنّها قتلته(2).

وهاتان الصحیحتان مطلقتان من حیث ولوج الروح وعدمه فیحمل علی صوره الروح لما ذکر علیه السلام فی معتبره ظریف أنّه إذا لم تلج الروح فالدیه مئه دینار فیرفع الید بها عن إطلاق هاتین کما لا یخفی.

وعلی کلّ حال فلا وجه للالتزام بأنّه إذا تمّ الجنین وإن لم تلجه الروح فدیته دیه النفس کما حکی(3) ذلک عن العمانی، وعن الإسکافی إذا ألقی الجنین میّتاً من غیر أن یتبیّن حیاته بعد الجنایه علی الأُم کان فیه غرّه عبد أو أمه إذا کانت الأُم حرّه مسلمه وقد قدّر قیمه الغرّه قدر نصف عشر الدیه کما فی کشف اللثام(4).

أقول: قد ورد فی بعض الروایات أنّ علی الجانی علی الجنین غرّه وصیف عبد أو أمه کما فی صحیحه داود بن فرقد عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: جاءت امرأه فاستعدت علی أعرابی قد أفزعها فألقت جنیناً فقال الأعرابی: لم یهلّ ولم یصحّ مثله

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 314 ، الباب 19 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 4.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 318 ، الباب 20 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث الأوّل.

3- (3) حكاه العلاّمه فى المختلف 9 : 411.
4- (4) كشف اللثام 2 : 518 (الطبعه القديمه).

....

الشَرح:

يطلّ فقال النبى صلى الله عليه و آله اسكت سجاعه عليک غرّه وصيف عبد أو أمه(1).

ومعتبره السكونى عن أبى عبداللّه عليه السلام قال قضى رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى جنين الهلاليه حيث رميت بالحجر فألقت ما فى بطنها ميّتاً فإنّ عليه غرّه عبد أو أمه(2).

وصحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّ رجلاً جاء إلى النبى صلى الله عليه و آله وقد ضرب امرأه حبلى فأسقطت سقطاً ميّتاً فأتى زوج المرأه إلى النبى فاستعدى عليه فقال الضارب: يا رسول اللّه ما أكل ولا شرب ولا استهلّ ولا صاح ولا استبشّ فقال النبى صلى الله عليه و آله إنّک رجل سجاعه فقضى فيه رقبه(3).

وروايه أبى بصير، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إن ضرب الرجل امرأه حبلى فألقت ما فى بطنها ميّتاً فإنّ عليه غرّه عبد أو أمه يدفعه إليها(4).

وظاهر هذه الروايات أنّ ديه الجنين غرّه بالضم أى عبد أو أمّه سواء كان الجنايه على الجنين قبل ولوج الروح أو بعده، بل يمكن أن يقال بظهور بعضها فى أنّ الديه بالغرّه بعد فرض ولوج الروح كما هو ظاهر تقييد السقط سقطت سقطاً ميّتاً، وكما يظهر ذلک من معتبره السكونى أيضاً فهذه الروايات تكون مخالفه لما تقدّم من أنّ الجنين قبل ولوج الروح ديته مئه دينار وبعده ديه النفس، وحيث إنّ ديه الجنين بعد ولوج الروح لا يكون غرّه إلاّ عند جماعه من العامّه تطرح تلک الروايات بحملها على التقيّه والشيخ قدس سره (5) قد حمل الجنين فى هذه الروايه على ما لا تتمّ خلقته ولم تلجه

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 319 ، الباب 20 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 319 ، الباب 20 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 3.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 319 ، الباب 20 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 320 ، الباب 20 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5.
5- (5) التهذيب 10 : 287 ، ذيل الحديث 14.

....

الشَرح:

الروح كالعلقه والمضغه؛ لما ورد فی صحیحه أبی عبیده، عن أبی عبداللّه علیه السلام فی امرأه شربت دواءً وهی حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها؟ قال إن کان له عظم قد نبت علیه اللحم وشقّ له السمع والبصر فإنّ علیها دیه تسلّمها إلی أبیه، قال: وإن کان جنیناً علقه أو مضغه فإنّ علیها أربعین دیناراً أو غرّه تسلّمها إلی أبیه. قلت: فهی لا ترث من ولدها من دیته قال: لا لأنّها قتلته(1).

وهذه الصحیحه إن أمکن حمل ذیلها بأنّ دیه المضغه والعلقه مخیّره بین أربعین دیناراً أو غرّه إلاّ أنّه یعارضها ما رواه أبی عبیده والحلبی عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: سئل عن رجل قتل امرأه خطاءً وهی علی رأس ولدها تمخض فقال خمسه آلاف درهم، وعلیه دیه الذی فی بطنها وصیف أو وصیفه أو أربعون دیناراً(2).

فإنّ ظاهر فرض أنّ المرأه علی رأس ولدها تمخض فرض ولوج الروح للجنین ولا یمکن الالتزام بأنّ دیته أربعون دیناراً.

وکیف ما کان، فالمتعیّن إرجاع هذه الروایات إلی أهلها، وقد ذکرنا أنّ الدیه فی الجنین علی مراحل النطفه والعلقه والمضغه والعظم وکسائه باللحم وشقّ الأذن والبصر فأیّ مرتبه من ذلک قبل ولوج الروح لها دیه ومئه دینار عشر دیه النفس بعد تمام المراتب قبل ولوج الروح بلا فرق بین کون الجنین ذکراً أو أنثی.

ولکن المنقول(3) عن المحقّق الأردبیلی أنّ دیه الجنین الذکر ضعف دیه جنین الأنثی فدیتها خمسون دیناراً واستدلّ علی ذلک بمعتبره ظریف لما ورد فیها بعد ذکر

1- (1) التهذیب 10 : 287 ، الحدیث 15.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 320 ، الباب 20 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 6.

3- (3) نقله السيد الخوئى فى مبانى تكمله المنهاج 2 : 402 ، المسأله 379 ، وانظر مجمع الفائده والبرهان 14 : 324 327.

ولو كان ذمّياً، فعُشر ديه أبيه[1].

الشَرح:

ديه الجنين الذكر قبل ولوج الروح وبعده: وقضي فى ديه جراح الجنين من حساب المئه على ما يكون من جراح الذكر والأُنثى(1). ولكن لا يخفى أنّه عليه السلام علّق قبل ذلک كون الديه بأنّ بعد ولوج الروح على كونه ذكراً وكون الديه خمسمئه على ما إذا كان أُنثى.

وعلى كلّ تقدير، لم يذكر الاختلاف بين الذكرو الأُنثى فى ديه الجنين قبل ولوج الروح، وعلى ذلک تكون ديه جراح الجنين من حساب المئه قبل ولوج الروح.

وبتعبير آخر، إذا كان إسقاط الجنين قبل ولوجه فالديه عشر ديه النفس يعنى مئه دينار بلا فرق بين الذكر والأُنثى. هذا كلّه فى ديه الجنين المسلم قبل ولوج الروح.

ديه الجنين الذمّى

[1] ولو كان الجنين قبل ولوج الروح ذمّياً حكماً فقد ذكر الماتن أنّ ديته عشر ديه أبيه فتكون ديته ثمانين درهماً، كما أنّ المنسوب إلى المشهور ذلک فإنّها المناسب لديه الجنين المسلم قبل ولوج الروح، وفى الجواهر: بلا خلاف أجده(2). ولكن فى معتبره السكونى أنّ ديته عشر ديه أُمّه، فيكون ديه الجنين الذمى حكماً أربعين درهماً بلا خلاف بين الذكر والأُنثى، وقد روى عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام أنّه قضى فى جنين اليهوديّه والنصرانيّه والمجوسيّه عشر ديه أُمّه(3).

ويؤيدها روايه مسمع عن أبى عبداللّه عليه السلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى جنين اليهوديّه والنصرانيّه والمجوسيّه عشر ديه أُمّه(4). والتعبير بالتأييد؛ لأنّ فى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 312 313 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) جواهر الكلام 43 : 361.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 225 ، الباب 18 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 225 ، الباب 18 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وفی روایه السکونی، عن أبی جعفر، عن علی علیهماالسلام ، عُشْر دیه أُمّه، والعمل علی الأوّل. أمّا المملوک، فعشر قیمه أُمّه المملوکه[1].

الشَرح:

سندها محمّد بن الحسن بن شمون عن الأصم وهما ضعیفان، وحیث لم یقم علی خلاف معتبره السکونی المؤیده بروایه مسمع شیء یمکن الاعتماد علیه یتعیّن الأخذ بها.

وما قیل من أنّها معرض عنها عند الأصحاب ومخالفه لما ورد فی الجنین المسلم حیث إنّ المناسب لما ورد فیه عشر قیمه الأب.

فلا یمکن المساعده علیه فإنّه یظهر من کلام المجلسی أنّها معمول بها عند بعض وما ورد فی الجنین المسلم لا یقتضی أن یکون الجنین الذمی حکماً مثله فإنّه شرف الإسلام لعلّه أوجب أن یکون حساب الجنین المسلم إلی الأب بخلاف الجنین المحکوم بالذمی.

دیه الجنین المملوک

[1] ولو کان الجنین مملوکاً فأُسقط قبل ولوج الروح فدیته عشر قیمه أُمّه المملوکه سواء کان الجنین ذکراً أو أُنثی کما علیه المشهور.

ویستدلّ علی ذلک بما عبّر عنه فی الجواهر(1) لقوی السکونی، عن أبی عبداللّه علیه السلام : «فی جنین الأمه عشر ثمنها»(2) ومقتضی إطلاقها عدم الفرق بین کون الجنین ذکراً أو أُنثی، ولکن روی عن السکونی الشیخ قدس سره فی التهذیب بسنده إلیه، وفی سنده ضعف؛ لأنّه یروی عن ابن أبی الجید(3)، وربّما یدّعی أنّ العمل من المشهور جابر لضعفها، ولا یبعد ذلک ولکنّه غیر محرز والأحوط التصالح.

1- (1) جواهر الکلام 43: 362.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 323 ، الباب 21 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 2.

3- (3) الفهرست (للشيخ الطوسى): 50 51 ، إسماعيل بن أبى زياد السكونى.

ولو كان الحمل زائداً عن واحد، فلكلّ واحد ديه[1].

ولا كفاره على الجانى[2].

ولو ولجت فيه الروح، فديه كامله للذكر، ونصف للأُنثى[3]. ولا تجب إلاّ مع تيقّن الحياه، ولا اعتبار بالسكون بعد الحركه، لاحتمال كونها عن ريح. وتجب الكفّاره هنا مع مباشره الجنايه.

الشَرح:

ولو قيل بأنّه مع عدم التصالح يرجع إلى الحكومه فله وجه.

هذا فيما كان جنين الأمه مملوكه كما هو منصرف الروايه؛ لأنّ الجنين غير المملوک لا يقوّم بالقيمه، بل الإطلاق فى ديه الجنين بأنّها قبل ولوج الروح مئه دينار وبعده ديه الذكر الحر لو كان ذكراً، وإن كان أُنثى فديتها نصف الديه يعمّ هذا الجنين الذى لا يكون مملوكاً، ولو كان الجنين مملوكاً بعد ولوج الروح فتكون ديته قيمته.

[1] فإنّ ما ورد فى معتبره ظريف وغيرها أو ما ورد فى الجنين كذا ظاهره مفاد قضيّه حقيقيّه وبيان حكم انحلالى من غير تأمّل، والتداخل مع تعدّد الجنين يحتاج إلى قيام دليل.

وبالجمله، تعدّد الجنين يوجب ترتّب الحكم على كلّ بلا فرق فى ذلک بين المسلم والذمى والمملوک.

[2] وذلک فإنّ الكفاره المترتّبه موضعها القتل ولا يصدق القتل قبل ولوج الروح كما هو المفروض.

ديه الجنين بعد ولوج الروح

[3] فإنّه بعد ولوج الروح يصدق عنوان القتل على ما تقدّم ويفترق بعد ولوجه الذكر عن الأُنثى بأنّ ديه الذكر ضعف الأُنثى.

نعم، لابد فى ترتّب الديه كذلک من إحراز أنّه كان الجنين حيّاً فى بطن أُمّه قبل

ص :320

ولو لم تتمّ خلقته، ففی دیته قولان: أحدهما غُرَّه، ذَکَره فی المبسوط[1]، وفی موضع آخر من الخلاف، وفی کتابی الأخبار، والآخر وهو الأشهر، توزیع الدیه علی مراتب النقل، ففیه: عظماً ثمانون، ومضغه ستون، وعلقه أربعون.

الشَرح:

الجنایه حتّی یحرز عنوان قتل النفس وتجب فی الفرض یعنی مع إحراز القتل الکفّاره عمداً کان أو خطأً، ولکن إنّما تجب الدیه فی المقام کسائر المقامات بشرط أن تکون الجنایه بالمباشره لا بالتسبیب کما علیه المشهور، فإنّه فی موارد التسبیب لا یکون إسناد القتل حقیقیاً، وإنّما قام الدلیل علی الضمان فیها، وأمّا الموضوع لوجوب الکفّاره هو القاتل ولا یصدق هذا العنوان فی غیر موارد المباشره.

ثمّ إنّه قد یقال إنّ فی الجنین ولو کان بعد ولوج الروح لا یکون علی مسقطه کفّاره، فإنّ الموضوع لها قتل المؤمن والرجل وشیء من العنوانین لا یصدق علی الجنین ولا علی الصبی غیر المیّز.

نعم، الإجماع فی قتل الصبی غیر المیّز علی لزوم الکفّاره تام بخلاف الجنین.

أقول: فیما رواه الصدوق باسناده عن طلحه بن زید، عن جعفر بن محمّد، عن أبیه فی امرأه حبلی شربت دواءً فأسقطت، قال: تکفّر عنه(1). ویرفع الید عن إطلاقهاأو یحمل علی الاستحباب، ورفع الید عن إطلاقها مشکل فالمتعیّن الحمل علی الاستحباب.

[1] قد تقدّم الکلام فی ذلک فلا نعیده ولا ینبغی التأمّل بانقضاء العدّه بإسقاط الجنین ولو قبل ولوج الروح بل فیما إذا کان مضغه أو علقه.

وفی صحیحه عبد الرحمن الحجّاج، عن أبی الحسن علیه السلام قال: سألته عن الحبلی إذا طلّقها زوجها فوضعت سقطاً تمّ أو لم یتمّ أو وضعته مضغه؟ فقال: «کلّ شیء یستبین أنّه حمل تمّ أو لم یتمّ فقد انقضت عدّتها وإن کان مضغه»(2).

1- (1) من لا يحضره الفقيه 3 : 373 ، الحديث 4309.
2- (2) وسائل الشيعه 22 : 197 ، الباب 11 من أبواب العدد، الحديث الأوّل.

ويتعلّق بكلّ واحده من هذه أُمور ثلاثه: وجوب الديه، وانقضاء العدّه، وصيروره الأمه أُمّ ولد. ولو قيل: ما الفائده، وهى تخرج بموت الولد عن حكم المستولده؟ قلنا: الفائده هى التسلّط على إبطال التصرّفات السابقه، التى يمنع منها الاستيلاد.

أمّا النطفه: فلا يتعلّق بها إلاّ الديه، وهى عشرون ديناراً بعد إلقائها فى الرحم. وقال فى النهايه: تصير بذلک فى حكم المستولده[1]، وهو بعيد.

الشَرح:

وإذا ألقت المرأه النطفه فإن كان الإلقاء بعد وضعها فى الرحم من غير أن يحصل فيها تغيير فلا ينبغى التأمّل فى تعلّق الديه بها؛ لما يأتى فى صحيحه محمّد بن مسلم وغيرها ولا ينقضى بإلقائها كذلک خروج العدّه، فإنّه لا يصدق عليه وضع حملها المستبين ولا إلقاؤه، وما عن الشيخ فى النهايه(1) بأنّها تصير بإلقاء النطفه فى حكم المستولده فإن أراد النطفه التى ذكرنا فلا يمكن المساعده عليه.

ديه النطفه

[1] قد تقدّم أنّ الالتزام بأنّ ديه الجنين فى أى مرتبه غرّه على ما تقدّم لا يمكن، بل ديته إذا تمّ الجنين ولم تلجه الروح مئه دينار وقبل أن يكسو العظم باللحم ثمانون، وقبل أن يصير العظم ستّون، وقبل أن تصير مضغه أى بصيرورته علقه أربعون، وقبلها عشرون كما استظهرنا ذلک من معتبره ظريف وغيرها كصحيحه محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يضرب المرأه فتطرح النطفه؟ فقال: عليه عشرون ديناراً، فقلت: يضربها فتطرح العلقه، فقال: عليه أربعون ديناراً، قلت: فيضربها فتطرح المضغه، فقال عليه ستّون ديناراً، فقلت: يضربها فتطرحه وقد صار له عظم، فقال: عليه الديه كامله(2). حيث قيّدنا ذلک بمعتبره ظريف بما إذا ولج فيه الروح، وقد ذكر

1- (1) النهايه: 546.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 314 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 4.

....

الشَرح:

الشيخ فى النهايه وفيما بيّن كلّ مرتبه بحساب ذلک(1). وظاهر هذا الكلام أنّه إذا تجاوز الحمل مرتبه ولم يبلغ مرتبه أُخرى بأن كان ما بين المرتبتين يحسب ديته بحساب ذلک.

وقد فسّر هذا الكلام الذي ذكر فى النهايه ابن إدريس(2) بأنّ النطفه تمكث فى الرحم عشرين يوماً ثمّ تصير علقه فى عشرين يوماً أُخرى فابتداء تحوّلها إلى العلقه من اليوم الحادى والعشرين، وكذا ما بين العلقه والمضغه، وكذا بين العظم والكمال فإذا مكثت اثنين وعشرين كان فيها اثنان وعشرون وإذا مكثت عشره أيّام بعد عشرين كان فيها ثمانون وعلى هذا القياس فيكون لكلّ يوم دينار، ومقتضى ما ذكر أنّ الفصل بين المراتب فى التنقّل عشرون يوماً، وأنّ تقسيط الديه بين المراتب يكون بإضافه دينار على يوم سابقه.

ولكنّ الماتن قدس سره أرود على السرائر بما ذكر أوّلاً من تعيين المراتب التى أُشير إليها فى كلام الشيخ فى النهايه: فيما بين كلّ مرتبه بحسب ذلک، إلى الخمس التى ذكره من عشرين يوماً للنطفه وعشرين يوماً للعلقه بمعنى أنّ النطفه بعد أربعين يوماً تصير ديتها أربعين ديناراً وأورد أيضاً بأنّه لا دليل على تقسيط الديه ما بين كلّ مرتبه يكون على ما ذكره من زياده الدينار على عشرين ديناراً ديه النطفه.

ثمّ على تقدير المعارضه بين الأخبار فى تحديد المراتب يؤخذ بما فى روايه سعيد بن المسيب، وصحيحه محمد بن مسلم، وأبى جرير القمى لموافقتها للكتاب من أنّ المخلقه وغير المخلقه وصفان للمضغه التى حدّدت بأنّها تستقرّ فى الرحم مئه وعشرين يوماً أى تمام مدّه الجنين قبل ولوج الروح.

1- (1) النهايه: 778.
2- (2) السرائر 3 : 416.

....

الشَرح:

وكيف كان، فما هو المنسوب إلى ابن ادريس من تحديد المراتب بعشرين يوماً وأنّ تفسيره: ما بين كلّ مرتبه بحساب ذلک، بأنّه يزيد الديه على العشرين كلّ يوم بدينار لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّ الوارد فى بعض الروايات ما ظاهره أنّ المراتب فى تنقّل الجنين العلقه والمضغه وكلّ منهما فى أربعين يوماً كما أنّ النطفه مدّتها أربعون يوماً إلى أن يصير علقه.

وقد نقل فى الكافى فى باب بدء خلق الإنسان وتقلّبه فى بطن أُمّه الباب الأوّل من كتاب العقيقه فى الجزء السادس بعض النصوص كصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام أنّ اللّه إذا أراد أن يخلق النطفه، إلى أن قال: فتفتح الرحم بابها فتصل النطفه إلى الرحم فتردّد فيه أربعين يوماً ثمّ تصير علقه أربعين يوماً ثمّ تصير مضغه أربعين يوماً ثمّ تصير لحماً تجرى فيه عروق مشتبكه. الحديث(1).

وصحيحته الأُخرى قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا وقعت النطفه فى الرحم استقرّت فيها أربعين يوماً، وتكون علقه أربعين يوماً، وتكون مضغه أربعين يوماً، ثمّ يبعث اللّه ملكين خلاقين. الحديث(2).

وما روى الحسن بن على بن فضال، عن الحسن بن الجهم، عن الرضا عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام : إنّ النطفه تكون فى الرحم أربعين يوماً، ثمّ تصير علقه أربعين يوماً، ثمّ تصير مضغه أربعين يوماً، فإذا كمل أربعه أشهر بعث اللّه ملكين خلاقين الحديث(3).

وهذه الروايات وبعض ما تقدّم وإن تخالفها صحيحه البزنطى عن الرضا عليه السلام قال: سألته أن يدعو اللّه عزّوجلّ لامرأه من أهلنا بها حمل؟ فقال أبو جعفر عليه السلام :

1- (1) الكافى 6 : 13 14 ، الحديث 4.
2- (2) الكافى 6 : 16 ، الحديث 7.
3- (3) الكافى 6 : 13 ، الحديث 3.

....

الشَرح:

الدعاء ما لم تمض أربعه أشهر، فقلت له: إنّما لها أقلّ من ذلک فدعا لها، ثمّ قال: إنّ النطفه تکون فی الرحم ثلاثین یوماً، وتکون علقه ثلاثین یوماً، وتکون مضغه ثلاثین یوماً، وتکون مخلّقه وغیر مخلقه ثلاثین یوماً، الحدیث(1) فإنّ هذه الصحیحه مخالفه لجمیع الروایات التی ورد فیها تحدید النطفه والعلقه والمضغه تطرح، بل مخالفه لظاهر الکتاب المجید من کون المخلّقه وغیر المخلّقه وصفان للمضغه فإنّ المضغه إذا تمّ فیه الجنین فمخلّقه وإذا لم یتمّ فهی غیر مخلّقه.

کما هو ظاهر الکتاب العزیز «یا أیّها الناس ان کنتم فی ریب من البعث فانا خلقناکم من تراب ثمّ من نطفه ثمّ من علقه ثمّ من مضغه مخلّقه وغیر مخلّقه»الآیه(2).

والحاصل لو لم یصحّ لأحد الأخذ بما تقدّم من الروایات الدالّه علی أنّ مراتب الجنین من النطفه والعلقه والمضغه لکلّ منها أربعون یوماً لاشتمالها لبعض ما یمنع من الوثوق بها، وکذا استفادتها من روایه أبی جریر القمی التی لا یبعد اعتبار سندها قال: سألت العبد الصالح علیه السلام عن النطفه ما فیها من الدیه، وما فی العلقه، وما فی المضغه، وما فی المخلّقه، وما یقرّ فی الأرحام؟ فقال: إنّه یخلق فی بطن أمّه خلقاً من بعد خلق یکون نطفه أربعین یوماً، ثمّ تکون علقه أربعین یوماً، ثمّ مضغه أربعین یوماً، ففی النطفه أربعون دیناراً. الحدیث(3).

فاللازم فی تنقّل الجنین فی ما بین المراتب المتقدّمه من المصالحه علی الدیه؛ وذلک فإنّ معتبره ظریف(4) قد دلّت علی أنّ دیه الجنین قبل ولوج الروح مئه دینار

1- (1) وسائل الشیعه 7 : 142 ، الباب 64 من أبواب الدعاء، الحدیث 4.
2- (2) سوره الحج: الآیه 5.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 317 ، الباب 19 من أبواب دیات الأعضاء، الحدیث 9.

4- (4) وسائل الشيعه 29 : 312 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وقال بعض الأصحاب: وفيما بين كلّ مرتبه بحساب ذلک[1]. وفسّره واحد: بأنّ النطفه تمكث عشرين يوماً ثمّ تصير علقه، وكذا ما بين العلقه والمضغه، فيكون لكلّ يوم دينار، ونحن نطالبه بصحّه ما ادّعاه الأوّل، ثمّ نطالبه بالدلاله على أن تفسيره مراد. على أنّ المروى فى المكث بين النطفه والعلقه أربعون يوماً. وكذا بين العلقه والمضغه. روى ذلک: سعد بن المسيب، عن على بن الحسين عليهماالسلام . ومحمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام . وأبو جرير القمى عن موسى عليه السلام . وأمّا العشرون فلم نقف بها على روايه ولو سلّمنا المكث الذى ذكره، من أين لنا أنّ التفاوت فى الديه مقسوم على الأيام؟ غايته الاحتمال، وليس كلّ محتمل واقعاً، مع أنّه يحتمل أن تكون الإشاره بذلک[2]، إلى ما رواه يونس الشيبانى، الشَرح:

وعشرون ديناراً فيما كانت نطفه، وأربعون إذا كانت علقه وستّون إذا كانت مضغه وثمانون إذا كانت المضغه عظماً، ومئه دينار إذا كانت كسى اللحم العظم، وأمّا الديه ما بين ما ذكر من المراتب والحالات فيه فلم يرد ما يطمئن النفس، وأنّ ما ورد فيها فى صحيحه سليمان بن خالد وروايه أبى شبل وروايه يونس(1) من زياده دينارين بزياده نقطه الدم فى النطفه وبزياده عرق اللحم فى العلقه، وبزياده أربع دنانير بزياده عقده العظم فيها إلى أن يتمّ الجنين وتصل إلى مئه دينار يجرى فيها ما أشرنا إليه من اقترانها ببعض ما يمنع عن الوثوق بها، واللّه العالم.

[1] ذكر ذلک الشيخ قدس سره (2) ولم يفسّره، ولكن فسّره ابن إدريس فى السرائر(3) بما ذكره فى المتن وقد تقدّم الكلام فى تفسيره وما يرد عليه.

[2] يعنى يحتمل أن يكون ما ذكره الشيخ بأنّ فيما بين كلّ مرتبه بحساب ذلک

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 314 315 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 5 و6.
2- (2) النهايه: 778.
3- (3) السرائر 3 : 416.

عن الصادق عليه السلام : «إنّ لكلّ قطره تظهر فى النطفه دينارين». وكذا كلّ ما صار فى العلقه شبه العرق من اللحم يزاد دينارين. وهذه الأخبار وإن توقّفت فيها؛ لاضطراب النقل أو لضعف الناقل، فكذا أتوقّف عن التفسير الذى مرّ بخيال ذلک القائل.

ولو قتلت المرأه فمات معها جنين فديه للمرأه[1] ونصف الديتين للجنين، إن جهل حاله. ولو علم ذكراً فديته، أو أُنثى فديتها.

الشَرح:

إشاره إلى ما رواه يونس الشيبانى وغيره.

ديه ما لو قتلت امرأه فمات معها جنين

[1] وذلک ظاهر فإنّ القاتل عليه ديه المرأه وكذلک ديه الجنين ولو علم حال الجنين من الذكر أو الأُنثى فلا كلام، وأمّا إذا لم يعلم كما إذا مات الجنين فى بطنها فديته نصف ديه الأُنثى ونصف ديه الذكر، وهذا وارد فى معتبره ظريف حيث ورد فيها: وإن قتلت امرأه وهى حبلى متمّ فلم يسقط ولدها ولم يعلم أذكر هو أو أُنثى ولم يعلم أبعدها مات أم قبلها فديته نصفان نصف ديه الذكر ونصف ديه الأُنثى وديه المرأه كامله بعد ذلک(1).

ويؤيّدها روايه ابن مسكان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ديه الجنين خسمه أجزاء: خمس للنطفه عشرون ديناراً، وللعلقه خمسان وأربعون ديناراً، وللمضغه ثلاثه أخماس ستّون ديناراً، وللعظم أربعه أخماس ثمانون ديناراً، وإذا تمّ الجنين كانت له مئه دينار إلى أن قال: وإن قتلت المرأه وهى حبلى فلم يدر أذكراً كان ولدها أم أُنثى فديه الولد نصف ديه الذكر ونصف ديه الأُنثى وديتها كامله(2).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 312 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 229 ، الباب 21 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

وقيل: مع الجهاله يستخرج بالقرعه؛ لأنّه مشكل، ولا إشكال مع وجود ما يُصار إليه من النقل المشهور. ولو ألقت المرأه حملها مباشره أو تسبيباً، فعليها ديه ما ألقته[1]. ولا نصيب لها من هذه الديه. ولو أفزعها مفزع فألقته، فالديه على المفزع.

الشَرح:

وما يقال من أنّ المشهور يلتزمون بالقرعه مع عدم إحراز الولد ذكراً أم أنثى؛ لأنّ القرعه لكلّ أمر مشكل، لا يمكن المساعده عليه؛ فإنّه لا إشكال فى المشتبه إذا عيّن الشارع فيه حكماً كما فى المقام.

وبتعبير آخر، مع تعيين الشارع الديه فى المشتبه يرتفع الإشكال فى مقداره فيكون ما دلّ على التعيين حاكماً على العموم ولا أقلّ من التخصيص.

ديه إسقاط الجنين

[1] وذلک لأنّه قد تقدّم ثبوت الديه فى إسقاط الجنين سواء كان إسقاطه بالمباشره أو بالتسبيب كأن يشرب دواءً وسقط الجنين بشربه، وقد ورد فى صحيحه ضأبى عبيده، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأه شربت دواءً وهى حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها قال: إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم وشقّ له السمع والبصر فإنّ عليها ديه تسلّمها إلى أبيه، قال: وإن كان جنيناً علقه أو مضغه فإنّ عليها أربعين ديناراً أو غرّه تسلّمها إلى أبيه، قلت: فهى لا ترث من ولدها من ديته؟ قال: لا، لأنّها قتلته(1). ويستفاد منها عدم إرث الجانى المسقط للحمل وأنّ ديه الحمل حتّى الجنين الذى لم ينشأ خلقاً آخر للاقرب فالأقرب من الوارث. ثمّ إنّه لا فرق بين أن يكون إسقاط الحمل من المرأه مباشرةً أو تسبيباً أو من الغير حتّى أفزعها مفزع فألقت حملها من إفزاعه يكون الديه على المفزع؛ لاستناد تلف الجنين إليه، وهذا يوجب الضمان كما هو مقتضى اطلاقات ما ورد فى الإتلاف والقتل ولو تسبيباً.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 318 ، الباب 20 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

ويرث ديه الجنين من يرث المال، الأقرب فالأقرب. وديه أعضائه وجراحاته، بنسبه ديته[1]. ومن أفزع مجامعاً فعزل فعلى المفزع عشره دنانير[2]. ولو عزل المجامع اختياراً عن الحرّه ولم تأذن، قيل: يلزمه عشره دنانير، وفيه تردد، أشبه أنّه لا يجب. أمّا العزل عن الأمه فجائز، ولا ديه وإن كرهت.

الشَرح:

وفى صحيحه داود بن فرقد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: جاءت امرأه فاستعدت على أعرابى قد أفزعها فألقت جنيناً، فقال الأعرابى: لم يهلّ ولم يصح ومثله يطلّ فقال النبى صلى الله عليه و آله اسكت سجاعه عليک غرّه وصيف عبد أو أمّه(1). فإنّ دلالتها على ضمان الجنين بالوصيف وإن يحمل على نوع من التقيّه على ما تقدّم إلاّ أنّ دلالتها على ضمان المفزع مع تلف الجنين يؤخذ به بلا تأمّل، نعم لو كان الإسقاط مباشره أو تسبيباً عمديّاً أو شبه عمد فالديه على المباشر والمسبّب، وإن كان خطأً محضاً فهى على العاقله على ما تقدّم ويأتى.

ديه أعضاء الجنين وجراحاته

[1] كما فى ديه أعضاء الحى وجراحته فما فيه نصف الديه كقطع اليد ففى قطع يد الجنين نصف ديته أى خمسين قبل ولوج الروح، وفى قطع ذكره تمام الديه أى المئه وكذا فى الجروح التى فيها ديه معيّنه بالإضافه إلى الحىّ فيؤخذ بتلک النسبه فى جراحه الجنين.

ديه من أفزع مجامعاً فعزل

[2] ذكر قدس سره لو أفزع مفزع مجامعاً فعزل المجامع بأن لم يفرغ الماء فى فرج امرأته يكون على المفزع عشره دنانير نصف خمس المئه وفى كتاب ظريف: وأفتى فى منى

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 319 ، الباب 20 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

....

الشَرح:

الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلک نصف خمس المئه عشره دنانير، وإذا أفرغ فيها عشرين ديناراً(1). والمراد أنّه إذا أفرغ المجامع فی فرج المرأه وأخرج المفرغ بفزعه فعليه عشرون، و هذا يمكن الالتزام به.

وأمّا ثبوت الديه للمرأه الحرّه بعزل زوجها فلم يثبت حرمه العزل فضلاً عن الديه للزوجه وعدی أنّ ماء الرجل حقّ للزوجه كماترى.

والمتحصل أنّه لو أُفزع شخص حال جماعه فعزل المنی فی الخارج يكون علی المفزع عشره دنانير إن لم يرد المجامع العزل، وإذا أفرغ فی المرأه وخرج المنی بفزعه يكون علی المفزع عشرين.

وأمّا عزل الرجل عن امرأته الحرّه بدون إذنها اختياراً فقيل: علی الرجل عشره دنانير(2)؛ لأنّه لا فرق فی تلف النطفه بين إفزاع الغير أو عزل الزوج باختياره والديه ديه النطفه فی الفرضين، وقد عدّ الماتن قدس سره الديه علی الزوج أشبه فی كتاب النكاح، وفی المقام ذكر فيه تردّد وعدم ثبوت الديه أشبه.

أقول: قد ذكر مسأله العزل فی مقدّمات النكاح وقد ورد فی جوازه روايات تدلّ بإطلاقاتها علی الجواز للرجل وإن لم ترضَ ولم تأذن الزوجه، ومقتضی ذلک عدم ثبوت الديه فإنّ الثابت فی عزل المجامع إذا كان بفعل الغير التزمنا بالديه، ولكن بما أنّ النطفه ليس حقّاً للزوجه علی الزوج ففی صوره جواز العزل لا معنی لثبوت الديه فإنّ النطفه حقّ الزوج بالإفراغ أو العزل كما هو مقتضی الروايات، نعم العزل عن الحرّه مكروه مع عدم رضاها والكراهه لا تنافی الجواز ولا تثبت الديه هذا كلّه فی الحرّه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 312 ، الباب 19 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث الأوّل.

2- (2) كالمفيد فى المقنعه: 763 ، والشيخ فى الخلاف 5 : 293 ، المسأله 123 ، والقاضى فى المهذب: 2 : 510.

وتعتبر قيمه الأمه المجهضه، عند الجنايه لا وقت الإلقاء.

فروع: لو ضرب النصرانيه حاملاً فأسلمت وألقته[1]، لزم الجانى ديه الجنين المسلم؛ لأنّ الجنايه وقعت مضمونه فالاعتبار بها حال الاستقرار.

ولو ضرب الحربيه، فأسلمت وألقته، لم يضمن؛ لأنّ الجنايه لم تقع مضمونه، فلم يضمن سرايتها.

الشَرح:

وأمّا الأمه فالعزل عنها جائز بالنصّ والفتوى.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الديه إذا كان على المفزع تثبت للرجل لا المرأه.

فروع:

لو ضرب النصرانيه حاملاً وألقته

[1] لو ضربت المرأه النصرانيّه الذميّه وهى حبلى وأسلمت بعد ضربها ثمّ ألقت حملها فعلى الجانى ديه جنين المسلم أى مئه دينار على ما تقدّم، فإنّ الجنايه حيث وقعت كانت مضمونه فإن زادت بقاءً بالسرايه أو غيرها تكون العبره بزمان استقرارها، وهذا بخلاف ما إذا لم تكن المرأه ذميّه فإنّ غير الذميّه وغير المستأمنه حربيّه لا ضمان فى الجنايه عليها حين وقوعها ولا يفيد إسلامها بعد وقوع الجنايه؛ ولذا قال الماتن: لم يضمن سرايتها.

ونوقش فى ذلک بأنّه إذا لم تكن الجنايه حين وقوعها مضمونه لعدم الاحترام على المجنى عليه حين حدوثها، فإن كان له حرمه حين استقرارها يكون لها مقتضاها حيث إنّ المفروض أنّها أسقطت جنينها بعد إسلامها ولو كان إسقاطها جنينها قبل إسلامها لم يكن لها حرمه حين الإسقاط أيضاً، ونظير ذلک ما إذا جنى على حربى بالجراحه وأسلم بعدها ثمّ سرت إلى نفسها فمات فإنّه يكون على الجانى ديته، نعم لا يثبت القصاص فإنّه لم يقصد الجانى فى الفرض قتل المسلم فيكون قتله خطأً أو شبه خطأ.

ولو كانت أمه فأُعتقت وألقته، قال الشيخ: للمولى أقلّ الأمرين من عُشْر قيمتها وقت الجنايه أو الديه؛ لأنّ عُشْر القيمه إن كان أقلّ فالزياده بالحريه فلا يستحقّها المولى، فيكون لوارث الجنين وإن كانت ديه الجنين أقلّ، كان له الديه؛ لأنّ حقّه نقص بالعتق. وما ذكره بناءً على القول بالغُره، أو على جواز أن يكون ديه جنين الأمه أكثر من ديه جنين الحرّه. وكلا التقديرين ممنوع، فإذن له عشر قيمه أُمّه يوم الجنايه على التقديرين[1].

الشَرح:

وبالجمله، ما ذكره المشهور من أنّ الجنايه إذا لم تكن مضمونه حين وقوعها لم تضمن سرايتها لا يمكن المساعده عليها فيما إذا طرأت الحرمه على المجنى عليه حال السرايه والاستقرار فى الجنايه.

لو كانت أمه فأُعتقت وألقته

[1] أقول: قول الشيخ بأنّ لمولى النصرانيّه بعد عتقها يكون أقلّ الأمرين من عشر قيمه النصرانيّه حين ضربها أو من ديه الجنين؛ لأنّ عشر القيمه إذا كان أقلّ فالزائد منها بحريّه الأُم فلا يستحقّ المولى تلك الزياده وإن كان ديه الجنين أقلّ يكون له الديه أيضاً؛ لأنّ زياده القيمه حصل بالعتق الذى هو فعل المولى(1).

وأورد عليه الماتن بأنّ ما ذكر بناءً على أنّ الواجب فى جنين الأمه الغرّه حيث يكون عشر قيمه الأُم تاره أقلّ من قيمه الغرّه وأُخرى يكون الغرّه أقل قيمه من عشر قيمه الأُم أو أن يلتزم بأنّ عشر قيمه الأُم الذى ديه جنين الأمه يمكن أن يكون أزيد من ديه جنين الحرّه، وحيث إنّ كلا البناءين باطل يكون للمولى عشر قيمه الأُم حين الجنايه على التقديرين.

أقول: ظاهر كلام الماتن أنّ إلقاء الحمل مفروض بعد عتق المولى أمته

1- (1) المبسوط 7 : 198.

ولو ضرب حاملاً خطأً فألقت، وقال الولى كان حيّاً، فاعترف الجانى[1] ضمن العاقله ديه الجنين غير الحى، وضمن المعترف ما زاد؛ لأنّ العاقله لا تضمن إقراراً. ولو أنكر وأقام كلّ واحد بيّنه، قدَّمنا بيّنه الولى؛ لأنّها تتضمّن زياده.

الشَرح:

المضروبه، وفى هذا الفرض إذا كان الجنين ممّا لم تلجه الروح فلا يكون لمولاها شىء أصلاً فإنّ المفروض كما تقدّم أنّ السقط حين الإلقاء بحكم الحرّ من الجنين بكون ديته مئه دينار تصل إلى وارثه، نعم إذا كان الجنين مات فى بطن أُمّه بالضرب ثمّ أُسقط تكون ديته لمولاها حيث إنّ القتل وقع قبل حرّيه الجنين، كما أنّ ما نقص من قيمه الأمه لو فرض يضمنه الجانى لمولاها إذا كان النقص فى زمان قبل عتقها.

وقد يقال إنّ مقتضى روايه النوفلى عن السكونى أنّ ديه الجنين فى فرض كون أُمّه أمه عشر ثمن أُمّها كما التزم به الماتن بل المشهور ولا يخلو عن إشكال فإنّ الروايه رواها الشيخ بسنده إلى النوفلى(1)، وسنده إليه ضعيف ويحتمل الحكومه فى ديه الجنين المزبور.

لو ضرب حاملاً خطأً فألقت

[1] من الفروع فى إسقاط الجنين ما ذكر فى المتن من أنّه لو ضرب الجانى الحامل خطأً فألقت حملها، وقال ولىّ المرأه أنّ الحمل كان حيّاً قبل السقوط أو عنده واعترف الجانى بذلک ففى الفرض تكون على العاقله ديه الجنين؛ لأنّ اعتراف الجانى لا يكون نافذاً على العاقله؛ لأنّه من الإقرار على الغير ويكون ما زاد على ديه الجنين على الجانى حيث اعترف بحياه الجنين.

ولكن لا يخفى أنّ ضمانه ما زاد لا يكون مقتضى اعترافه؛ لأنّ اعترافه على العاقله لا على نفسه والمفروض أنّ اعترافه على العاقله غير نافذ.

1- (1) التهذيب 10 : 288 ، الحديث 23.

ولو ضربها فألقته، فمات عند سقوطه، فالضارب قاتل[1] يُقتل إن كان عمداً، ويضمن الديه فى ماله إن كان شبيهاً، ويضمنها العاقله إن كان خطأً.

الشَرح:

وفى معتبره السكونى التى رواها فى التهذيب عن جعفر عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(1).

وبالجمله، عدم نفوذ إقرار الجانى على العاقله؛ لأنّه من الاعتراف على الغير مقتضاه ضمان ما زاد من المال عليه، والوجه فى ذلک هو أنّ مقتضى القاعده الأوّليّه ضمان التلف على المتلف أى الجانى خرج منها موارد ضمان العاقله، ولو أنكر الجانى فى الفرض حياه الجنين ولكن قال الولى أنّه كان حيّاً فإن لم يكن للمولى بيّنه على حياته يحلف الجانى على عدم حياته، كما هو مقتضى الاستصحاب عند الحاكم فيسقط دعوى الولى الزياده على ديه الجنين قبل ولوج الروح وإن كان للولى بيّنه على حياته يحكم بثبوت ديه كامله على العاقله، سواء كانت للجانى بيّنه لإنكاره أو لم تكن؛ لأنّ بيّنه الولى تثبت الزياده التى يدّعيها الولى.

لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه

[1] المشهور أنّه لا فرق فى موارد القتل عمداً بين كون المقتول طفلاً حتّى جنيناً ولجته الروح وبين غيره فى ثبوت القصاص لوليّ المقتول ولو كان القتل من إسقاط الجنين بغير قصد بأن كان شبيه الخطأ فالديه على الجانى وفى الخطأ على العاقله.

ويستدلّ على ثبوت القود على القاتل بقصد القتل ولو بإسقاط الجنين بقصد قتله بعد عموم النفس بالنفس وحرمه الدماء على حدٍ سواء بين المسلمين كما فى المنقول عن رسول اللّه صلى الله عليه و آله فى خطبته فى مسجد الخيف(2) بمرسله الحسن بن

1- (1) التهذيب 10 : 170 ، الحديث 13.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 75 76 ، الباب 31 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 2.

وكذا لو بقى ضامناً ومات[1]، أو وقع صحيحاً وكان مِمَّن لا يعيش مثله.

الشَرح:

على بن فضال، عن بعض أصحابه عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «كلّ من قتل شيئاً صغيراً أو كبيراً بعد أن يتعمّد فعليه القود»(1).

ولكن لا يخفى ما فى الاستدلال فإنّ العموم لا يؤخذ به بعد قيام الدليل على رفع اليد عنه فى مورد ومرسله ابن فضال؛ لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها، نعم رواها الصدوق فى الفقيه عن عبداللّه بن بكير، عن الصادق عليه السلام : «كلّ من قتل بشىء صغير أو كبير بعد أن يتعمّد فعليه القود»(2) ومقتضى ظاهرها أنّ القاتل بعد أن يتعمّد ويقصد القتل فلا فرق فى ترتّب القود على قتله لاختلاف آله القتل.

نعم، لو لم يكن الشىء ممّا يقتل غالباً ولم يكن القاتل قاصداً القتل ولكن ترتّب القتل عليه اتفاقاً يكون المترتّب عليه الديه كما مرّ فى القصاص.

وبالجمله، مقتضى (الباء) الداخل على شىء صغير أو كبير ما ذكرنا؛ ولذا يرفع اليد عن مقتضى العموم بصحيحه أبى بصير المرادى الوارد فيمن قتل مجنوناً بأنّه لا يقاد له فإنّه لا يقاد منه(3) حيث إنّ مقتضى التعليل أنّ من لا يجرى عليه القود والقصاص لا يجرى له أيضاً، ومن الظاهر أنّ الطفل الصغير لا يجرى عليه القود والقصاص فلا يجرى له أيضاً فقد رفع اليد عن تساوى الدمين فى المجنون فيرفع اليد عنه فى الصغير أيضاً.

[1] مراده يعنى ربّما يكون قتل الجنين عمداً أو شبه عمد أو خطأً، كما فيما إذا بقى الجنين الساقط غير صحيح ومات أو وقع صحيحاً ولكن كان ممّا لا يعيش، كما إذا كان سقوطه صحيحاً قبل ستّه أشهر حيث إنّ الساقط قبله لا يعيش.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 76 ، الباب 31 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 4.
2- (2) من لا يحضره الفقيه 4 : 112 ، الحديث 5221.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 71 ، الباب 28 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

وتلزمه الكفاره فى كلّ واحده من هذه الحالات[1].

ولو ألقته حيّاً فقتله آخر، فإن كانت حياته مستقرّه، فالثانى قاتل[2] ولا ضمان على الأوّل ويُعزَّر وإن لم تكن مستقرّه، فالأوّل قاتل والثانى آثم يُعزَّر لخطئه.

الشَرح:

[1] قد تقدّم سابقاً فى الجانى إذا أوجبت جنايته سقوط الجنين فإن كان ذلک قبل ولوج الروح فيه فلا كفاره على الجانى؛ لأنّ الكفّاره تعلّق بعنوان القتل الذى لا يتحقّق قبل ولوج الروح، وهذا بخلاف إسقاط الجنين بعد ولوجه حيث يتحقّق عنوان القتل ويتعلّق على الجانى الكفاره.

ولكن لا يخفى أنّ المأخوذ فى موضوع كفّاره القتل من الروايات والآيه لا يعمّ الجنين ولو بعد ولوج الروح بحيث يكون فى إتلافه عمداً أو خطأً كفّاره إلاّ دعوى الإجماع ونفى الخلاف فيه.

قال اللّه سبحانه «ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبه مؤمنه»(1) وراجع الروايات المرويه فى الكفّارات وفيها عنوان الرجل والمؤمن ونحوهما إلاّ أن يدّعى أنّ المؤمن يعمّ المؤمن الحكمى أيضاً؛ ولذا تكون الكفّاره فى قتله بعد ولوج الروح دون قبله فإنّه ليس فى إسقاطه إلاّ الديه يعنى مئه دينار بلا فرق بين جنين الذكر والأنثى.

لو ألقته حيّاً فقتله آخر

[2] يعنى حال إلقاء الأُم كانت حياته مستقرّه بحيث يكون قابلاً للبقاء حيّاً ففى هذه الحاله إذا قتله شخص يكون هذا الشخص الثانى قاتلاً ولا ضمان على الأوّل.

نعم، يعزّر الأوّل لتعديه وإيذائه، ولو لم يكن بعد الإلقاء قابلاً للبقاء حيّاً يكون الأوّل قاتلاً ويكون الثانى آثماً أى عاصياً ويعزّر لخطئه، ولو جهل الحال وهو أنّه إذا جنى عليه الثانى بعد الإلقاء هل كان للجنين حياه مستقرّه أم لا؟ قال الشيخ: سقط

1- (1) سوره النساء: الآيه 92.

ولو جُهلَ حاله حين ولادته، قال الشيخ: سقط القود للاحتمال[1]، وعليه الديه.

الشَرح:

القود للاحتمال(1) وعليه الديه يعنى يسقط القود عن كلّ من الجانيين ولكن يكون على الثانى ديه الجنين.

واستدلّ فى الجواهر على كون الديه على الثانى باستصحاب بقاء حياه الجنين(2) لولا فعله. وفيه ما لا يخفى فإنّ عدم القود فى الفرض بالإضافه إلى الشخصين لما تقدّم من مقتضى قاعده: من لا يقاد منه لا يقاد، له ومع الإغماض عنه لا يقاد من كلّ من شخصين لعدم إحراز كونه قاتلاً، وكذا لا يثبت الديه على الثانى؛ لأنّ استصحاب الحياه بعد فعله لا يثبت كونه قاتله فإنّه من أظهر أنحاء الأصل المثبت.

نعم، يكون على الثانى ديه الجنين؛ لأنّه لو كان قاتلاً واقعاً يكون عليه الديه بمقدار ديه الجنين مع الزائد وإن لم يكن قاتلاً كما إذا قطع رأسه يكون ثبوت ديه الجنين عليه متيقّناً.

وأمّا دعوى الرجوع إلى القرعه فى تعيين القاتل منهما لأداء الديه فلا وجه له؛ لأنّ القرعه يرجع إليهما فيما كان الحكم الظاهرى والواقعى مشتبهاً ومع معلوميّه الحكم الظاهرى لأصاله عدم كون كلّ منهما قاتلاً لا يكون على واحد منهما شىء والأصل نظيره ما يجرى فى شخصين وجدا منيّاً فى ثوب مشترک أو فى شخصين علم أنّ واحداً منهما مديون لزيد أو امرأه علم كونها امرأه أحد رجلين إلى غير ذلک.

لو جهل حاله حين ولادته

[1] يعنى لو جهل حال الجنين حين سقوطه هل كان له حياه مستقرّه أم لا؟

1- (1) المبسوط 7 : 203.
2- (2) جواهر الكلام 43 : 381.

....

الشَرح:

فلا يكون فى البين قود على الثانى لعدم إحراز كونه قاتلاً وجريان الاستصحاب فى بقاء حياته مستقرّه حال سقوطه لا يثبت أنّ الثانى قاتله أو أنّ الذى ضرب الأمه أُمّ الجنين قتل الجنين، بل لا يكون فى البين قود على كلّ تقدير حتّى ما لو علم أنّ الجانى الذى ضرب الأم ذبح الجنين مع كون الجنين ذات حياه مستقرّه لما تقدّم من أنّ من لا يؤخذ منه القود كالمجنون لا يؤخذ لجانيه أيضاً القود كما تدلّ عليه ما فى صحيحه أبى بصير: فلا قود لمن لا يقاد منه(1). وحيث لا قود للصغير ولا يقاد منه إذا قتل الآخر فلا يقاد من قاتله أيضاً.

وعلى ذلک فهل يكون على من قتل الجنين الديه فيما إذا كان معلوماً وإذا كان قاتله مشتبهاً أو بين الاثنين يشتركان فى الديه أو يقرع بينهما فى صوره الاشتباه أو تكون ديته فى بيت مال المسلمين إلاّ فى مقدار عشر الديه أى مئه دينار ديه الجنين فهو على الثانى.

والأظهر أنّه لا مجال للقرعه فى المقام؛ لأنّ موردها ما إذا كان الحكم يعنى الحقّ مشتبهاً من حيث الواقع والظاهر، وفى ما نحن ليس كذلک؛ لأنّ الجارى فى كلّ من الشخصين عدم كونه قاتلاً لاحتمال عدم استقرار الحياه حين سقوط الجنين بضرب الأمّ.

نعم، إذا فرض أنّ الثانى قطع رأس الجنين يكون عليه مئه دينار؛ لأنّه لو كان قبل قطع رأسه كانت حياته مستقرّه يكون على الثانى ألف دينار ديه الجنين الذى ولجته الروح فمئه دينار متيقّن فى ضمن الديه وإن كانت غير مستقرّه بكون ما ذكر ديه قطع الرأس.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 71 ، الباب 28 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

ولو وطئها ذمّی ومسلم لشبههٍ فی طهرٍ واحدٍ، فسقط بالجنایه أُقرع بین الواطئین[1]، وأُلزم الجانی بنسبه دیه من أُلحِقَ به.

ولو ضربها فألقت عضواً کالید، فإن ماتت لزمه دیتها ودیه الحمل. ولو ألقت أربع أید فدیه جنین واحد؛ لاحتمال أن یکون ذلک لواحد ولو ألقت العضو، ثمّ ألقت الجنین میّتاً، دخلت دیه العضو فی دیته. وکذا لو ألقته حیّاً فمات.

ولو سقط وحیاته مستقرّه ضمن دیه الید حسب. ولو تأخّر سقوطه، فإن شهد أهل المعرفه أنّها ید حیّ فنصف دیته، وإلاّ فنصف المئه.

مسألتان:

الأُولی: دیه الجنین إن کان عمداً وشبیه العمد، ففی مال الجانی[2]. وإن کان خطأً فعلی العاقله، وتُستأدی فی ثلاث سنین.

الشَرح:

لو وطئها ذمّی ومسلم لشبهه فی طهر واحد

[1] إذا وطأ الأمه کلّ من مسلم وذمّی لشبهه فی طهر واحد اشتباهاً فسقط الجنین بالجنایه یقرع بین الواطئین فی إسلام الجنین وکفره، فإن خرج أحدهما أُلحق فی دیته إلی أبیه المسلم أو الکافر، حیث إنّه قد ورد فی تعیین أب الطفل إذا کان مشتبهاً بین الاثنین أو أکثر یخرج أبوه بالقرعه ویلزم الجانی علی الأمه بالنسبه إلی دیه الجنین بحسب القرعه.

دیه الجنین فی مال الجانی

[2] مقتضی إطلاق ما دلّ علی أنّ الجانی ضامن لدیه الجنین قبل ولوج الروح عدم الفرق بین کون الجنایه عمداً أو شبه عمد أو خطأ، وفی الجواهر(1): أنّه لو لم یکن فی البین إجماع لأمکن الالتزام بعدم ضمان العاقله دیه الجنین قبل ولوج الروح

1- (1) جواهر الكلام: 43 : 383.

الثانيه: فى قطع رأس الميت المسلم الحرّ مئه دينار[1]. وفى قطع جوارحه بحساب ديته. وكذا فى شجاجه وجراحه. ولا يرث وارثه منها شيئاً، بل تُصرف فى وجوه القُرب عنه، عملاً بالروايه. وقال علم الهدى رحمه الله : يكون لبيت المال.

الشَرح:

فيه حيث إنّ مقتضى إطلاق ما دلّ على ضمان الجانى قبل ولوج الروح فى الجنين ثبوت الضمان على الجانى فى صور الجنايه عمداً أو شبه عمد أو خطأً.

فى قطع رأس الميت الحرّ مئه دينار

[1] ديه قطع رأس الميت المسلم مئه دينار ويستظهر ذلک من روايه الحسين بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سئل أبو عبداللّه عليه السلام عن رجل قطع رأس ميّت فقال: إنّ اللّه حرّم منه ميّتاً كما حرّم منه حيّاً، فمن فعل بميت فعلاً يكون فى مثله اجتياح نفس الحىّ فعليه الديه، فسألت عن ذلک أبا الحسن عليه السلام فقال: صدق أبو عبداللّه عليه السلام هكذا قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله قلت: فمن قطع رأس ميّت أو شقّ بطنه أو فعل به ما يكون فيه اجتياح نفس الحىّ فعليه ديه النفس كامله؟ قال: لا، ولكن ديته ديه الجنين فى بطن أمّه قبل أن تلج فيه الروح. الحديث(1) والتزم البعض بأنّ الحسين بن خالد فى السند هو ابن العلاء الخفاف ولا يخلو عن تأمّل، فإنّ المعروف هو الخفّاف من الحسين بن العلاء الخفّاف لا ان المعروف من الحسين هو الخفّاف ولا يبعد الالتزام بانتقال ديه الميّت إلى ورثته فإنّ الذى ينتقل إلى ورثته ما كان لسبب الجنايه عليه قبل موته وحيث لحق هذه الديه بالميّت بعد موته فلاتنقل إلى ورثته بعد موته فالاحوط للورثه ان يصرفوا الديه فى وجوه القرب عنه وفى قطع اعضاء الميت كقطع يده او رجله ديه كما فى قطع يد الحى او رجله او نحو ذلک من اعضائه بحساب ديه.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 325 ، الباب 24 من أبواب ديات الأعضاء، الحديث 2.

(الثانيه): فى الجنايه على الحيوان وهى باعتبار المجنى عليه تنقسم أقساماً ثلاثه:

الأوّل[1]: ما يؤكل كالغنم والبقر والإبل، فمن أتلف شيئاً منها بالذكاه، لزمه التفاوت بين كونه حيّاً وذكياً. وهل لمالكه دفعه والمطالبه بالقيمه؟ قيل: نعم، وهو اختيار الشيخين رحمهماالله ، نظراً إلى إتلاف أهم منافعه، وقيل: لا، لأنه إتلافٌ لبعض منافعه فيضمن التالف وهو أشبه.

ولو أتلفه لا بالذكاه لزمه قيمته يوم إتلافه. ولو بقى فيه ما ينتفع به، كالصوف والشعر والوبر والريش، فهو للمالک، يُوضع من قيمته. ولو قطع بعض أعضائه، أو كسر شيئاً من عظامه فللمالک الأرش.

الثانى: مالا يؤكل لحمه ويصحّ ذكاته كالنمر والأسد والفهد، فإن أتلفه بالذكاه ضمن الأرش؛ لأنّ له قيمه بعد التذكيه. وكذا فى قطع جوارحه وكسر عظامه، مع استقرار حياته. وإن أتلفه لا بالذكاه ضمن قيمته حيّاً.

الشَرح:

فى الجنايه على الحيوان

الحيوان القابل للتذكيه

[1] الأوّل ما يؤكل كالغنم والبقر والإبل وإذا تلف شيئاً منها بالذكاه لزمه التفاوت بين كونه حيّاً وذكيّاً وهل يجوز لمالک الحيوان دفع الحيوان إلى مذكّيه والمطالبه بقيمته؟ قيل: نعم، وهو اختيار الشيخين رحمهماالله (1) نظراً إلى إتلاف أهم منافعه وقيل: لا، لأنّه إتلاف لبعض منافعه فيضمن التالف(2) وهو أشبه.

1- (1) المفيد فى المقنعه: 769 ، والطوسى فى النهايه: 780.
2- (2) ابن ادريس فى السرائر 3 : 420.

الثالث: مالا يقع عليه الذكاه ففى كلب الصيد أربعون درهماً[1]. ومن الناس من خصّه بالسلوقى، وقوفاً على صوره الروايه. وفى روايه السكونى،

الشَرح:

أقول: إذا أخذ الحيوان واتلفه بالذكاه من غير رضاه يتخيّر المالک بين اخذ القيمه وبين اخذ المذكّى والتفاوت بين كونه حيّاً وذكياً، وقد ذكر أنّه على تقدير أخذ التفاوت بين المذكى والحيوان يكون ما يبقى بيد المالک مملوكاً له إلاّ أن يتسالما على دفعها أيضاً للمذكّى.

ولو أتلفه لا بالذكاه لزمه قيمه يوم إتلافه، ولو بقى فيه ما ينتفع به كالصوف والشعر والوبر والريش فهو للمالک يوضع من قيمته، ولو قطع بعض أعضائه أو كسر شيئاً من عظامه فللمالک الأرش.

وأمّا إذا كان ممّا لا يؤكل ولكن كان قابلاً للتذكيه ولكن الجانى قتله بغيرالتذكيه يضمن قيمته، وإذا أدّى قيمته ففى هذه الصوره المنافع التى تبقى ملحوظه كالعظم والصوف ونحوها يكون فى اختيار قاتل الحيوان.

والوجه فيه أنّ التى يجوز الانتفاع به من أجزائه التى لا تحلّه الحياه ونحوها يكون مضموناً فإذا أدّى الضمان وخرج عنه بالقيمه كما هو مقتضى كون التالف قيمياً ينتقل ما يتخلف ممّا يمكن الانتفاع منه عن ملک المالک إلاّ إذا بنى على عدم الملكيّه فى هذه الأُمور وفيه تأمّل.

نعم، إذا قطع بعض أعضاء الحيوان أو كسر بعضها أو جرحها فعليه الأرش، وهو التفاوت ما بين قيمتى الصحيح والمعيب.

نعم، إذا فقأ عين ذات القوائم الأربع فعلى الجانى ربع ثمنها.

الحيوان غير القابل للتذكيه

[1] يعنى الديه فى كلب الصيد أربعون درهماً وكأنّ ذلک لا يختصّ بكلب

عن أبی عبداللّه علیه السلام ، فی کلب الصید أنّه یقوَّم. وکذا کلب الغنم، وکلب الحائط والأوّل أشهر.

وفی کلب الغنم کبش، وقیل: عشرون درهماً، وهی روایه ابن فضال، عن بعض أصحابه، عن أبی عبداللّه علیه السلام ، مع شهرتها لکن الأُولی أصحّ طریقاً.

وقیل: فی کلب الحائط عشرون درهماً، ولا أعرف المستند.

وفی کلب الزرع قفیز من البُر، ولا قیمه لما عدا ذلک من الکلاب وغیرها. ولا یضمن قاتلها شیئاً. أمّا ما یملکه الذمّی کالخنزیر، فهو یضمن بقیمته عند مستحلّیه. وفی الجنایه علی أطرافه الأرش.

الشَرح:

الصید السلوقی وإن ورد فی خبر الولید بن صبیح، عن أبی عبداللّه علیه السلام (1) وکذا فی خبر أبی بصیر(2) ولکن لم یرد القید فی معتبره السکونی عنه علیه السلام قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام فیمن قتل کلب الصید، قال: یقوّمه وکذلک البازی، وکذلک کلب الغنم، وکذلک کلب الحائط(3). ویعنی بالحائط البستان وحیث إنّه لم یحرز أنّ الروایات تامّه من حیث السند والدلاله فلا بأس بالالتزام بالقیمه فی کلب الصید أیضاً، سواء کانت القیمه أقلّ من الأربعین أو أزید منه.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 226 ، الباب 19 من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 226 ، الباب 19 من أبواب دیات النفس، الحدیث 2.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 226 ، الباب 19 من أبواب دیات النفس، الحدیث 3.

ص :344

مسائل:

الأُولى: لو أتلف الذمّى خمراً أو آله لهو ضمنها المتلف، ولو كان مسلماً. ويشترط فى الضمان الاستتار. ولو أظهرهما الذمّى لم يضمن المتلف. ولو كان ذلک لمسلم لم يضمن الجانى على التقديرات.

الثانيه: إذا جنت الماشيه على الزرع ليلاً ضمن صاحبها. ولو كان نهاراً لم يضمن، ومستند ذلک روايه السكونى، وفيه ضعف والأقرب اشتراط التفريط فى موضع الضمان ليلاً كان أو نهاراً.

الثالثه: روى عن أميرالمؤمنين عليه السلام : أنّه قضى فى بعير بين أربعه، عَقَلَهُ أحدهم فوقع فى بئر فانكسر «أنّ على الشركاء حصّته» لأنّه حَفِظ، وضيّع الباقون.

الرابعه: ديه الكلاب الثلاثه مقدّره على القاتل. أما لو غصب أحدها وتلف فى يد الغاصب، ضمن قيمته السوقيّه ولو زادت عن المقدَّر.

(الثالثه): فى كفّاره القتل يجب كفّاره الجمع بقتل العمد[1]، والمرتَّبه بقتل الخطأ، مع المباشره لا مع التسبيب. فلو طرح حجراً، أو حفر بئراً، أو نصب سكّيناً فى غير ملكه فعثر عاثر فهلک بها ضمن الديه دون الكفّاره.

الشَرح:

كفاره القتل

تجب كفاره الجمع بقتل العمد

[1] قد تقدّم فى مباحث قصاص النفس ملاک قتل العمد وأنّ تحقّقه يكون بضرب الآخر بآله قاتله بقصد القتل أو بغير آله قاتله نوعاً ولكن بقصد القتل كما إذا كان الضرب بها مكرّراً إلى أن يموت، أو كان الضرب بآله قاتله ولو لم يكن بقصد القتل.

ففى جميع الصور الثلاث بموت المضروب يكون الجانى قاتلاً وقتله عمديّاً ويجب عليه كفّاره الجمع أى عتق الرقبه المؤمنه وصوم ستّين يوماً وإطعام ستّين مسكيناً من غير خلاف.

ص :345

....

الشَرح:

ويدلّ على ذلک روايات منها معتبره إسماعيل بن جابر الجعفى قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : الرجل يقتل الرجل متعمّداً، قال: عليه ثلاث كفّارات يعتق رقبه، ويصوم شهرين متتابعين، ويطعم ستّين مسكيناً، قال: وأفتى على بن الحسين عليهماالسلام بمثل ذلک(1).

ومنها صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال سئل عن المؤمن يقتل المؤمن متعمّداً هل له توبه؟ فقال: إن كان قتله لإيمانه فلا توبه له، وإن كان قتله لغضب أو لسبب من أمر الدنيا فإنّ توبته أن يقاد منه، وإن لم يكن علم به انطلق إلى أولياء المقتول فأقرّ عندهم بقتل صاحبهم، فإن عفوا عنه فلم يقتلوه أعطاهم الديه وأعتق نسمه وصام شهرين متتابعين وأطعم ستّين مسكيناً توبه من اللّه(2). إلى غير ذلک.

والمستفاد من هذه الصحيحه أنّ القصاص إذا وقع فلا يتعلّق بالجانى الكفّاره فالقصاص مع الندم توبه، وإن لم يقع قصاص وكان عفواً يجب الكفّاره يعنى كفّاره الجمع مع إعطاء الديه، هذا بالإضافه إلى القتل متعمّداً، ولا يبعد أن يكون المراد من المؤمن فى الصحيحه فى ناحيه المجنى والجانى هو المسلم مقابل الكافر، فلا منافاه بين أن يكون المجنى عليه مسلماً متديّناً صالحاً ورعاً إماماً والمسلم الجانى مسلماً بإسلام ظاهرى ويكون قتل الجانى المجنى عليه لدينه فلا يكون له توبه.

ثمّ لا فرق فى الكفّاره فى القتل عمداً بين أن يتعلّق به القود على القاتل أم لا، كما إذا قتل المولى عبده أو عبد غيره فإنّه لا يتعلّق على المولى القود ولكن يعزّر ويتعلّق به الكفّاره فى قتل العمد، وكذا لا فرق فى تعلّق الكفّاره فيما كان القاتل رجلاً

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 34 ، الباب 10 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 30 ، الباب 9 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

والمقتول أيضاً رجلاً أو امرأه، ولكنّ المؤمن المأخوذ فى الكتاب ظاهره كما ذكرنا هو المسلم، فلو قتل المسلم كافراً لا يكون على القاتل إلاّ ديه الذمى على تقدير كون المقتول من أهل الذمّه، وإلاّ فلا ديه أيضاً كما لا يكون كفّاره لعدم كون المقتول مسلماً.

ولا خلاف فى أنّ الكفّاره كما تثبت فى القتل عمداً كذلک تثبت فى القتل خطأً قال اللّه عزّوجلّ: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلاّ خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبه مؤمنه وديه مسلّمه إلى أهله إلاّ أن يصدّقوا فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبه مؤمنه وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فديه مسلّمه إلى أهله وتحرير رقبه مؤمنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبه من اللّه وكان اللّه عليماً حكيماً ومن يقتل مؤمناً متعمّداً فجزاءه جهنّم خالداً فيها وغضب اللّه عليه ولعنه وأعدّ له عذاباً عظيماً»(1).

ثمّ لا يخفى أنّ القتل خطأً على قسمين:

قسم يصدق حقيقه أنّ الجانى قاتل كما إذا رأى من بعيد شبحاً أنّه يمشى فظنّ أنّه حيوان ورماه بسهم فقتله ثمّ ذهب إليه فوجد أنّه إنسان مسلم فهذا النحو يعمّه الآيه فى وجوب الكفّاره ففى الحقيقه القتل مباشره خطأً.

وقسم آخر لا يصدق أنّه قاتل كما إذا ألقى الشخص حجراً على موضع من الأرض فعثر به ماش اتّفاقاً فسقط على الأرض فمات فإنّ مقتضى الروايات على أنّ ملقى الحجر يضمن الديه، وفى الحقيقه أنّه ليس قاتل؛ لأنّه لم يباشر بالقتل ولم يكن قصده قتل أحد واتّفق ذلک، وهذا النحو من التسبيب غير مشمول لتعلّق الكفّاره ثمّ إطعام ستّين مسكيناً وإن كان غير مذكور فى الآيه عند عدم التمكّن من الصيام، إلاّ أنّه يستفاد من بعض الروايات يرفع بها اليد عن إطلاق الآيه.

1- (1) سوره النساء: الآيه 92 93.

وتجب بقتل المسلم، ذكراً كان أو أُنثى، حرّاً أو عبداً. وكذا تجب بقتل الصبى والمجنون، وعلى المولى بقتل عبده.

ولا تجب بقتل الكافر، ذمّياً كان أو معاهداً، استناداً إلى البراءه الأصليّه.

ولو قتل مسلماً فى دار الحرب، مع العلم بإسلامه ولا ضروره، فعليه القَوَد والكفّاره[1].

الشَرح:

لو قتل مسلماً فى دار الحرب

[1] بعد ما ذكرنا من أنّ كفّاره قتل العمد فيما إذا عفا أولياء المقتول القصاص هى كفّاره الجمع وإعطاء الديه.

يقع الكلام فى المسلم الذى يقتله المسلم فى دار الحرب باعتقاد أنّه كافر حربى وفيما يقتله مع العلم بأنّه مسلم، وظاهر الماتن قدس سره أنّه إذا قتله مع علمه بأنّه مسلم ولا ضروره فى قتله يتعلّق بالقاتل القود والكفّاره، ولكن تقدّم أنّ تعلّق الكفّاره على تقدير القصاص معفو، وأمّا إذا كان فى البين ضروره، كما إذا تترّس الكفّار بالمسلم فى الدفاع عن أنفسهم أو فى قتل المسلمين فظاهر الماتن جواز قتله فى مثل هذه الحاله ولا يتعلّق بالقاتل لا القود ولا الديه.

ويمكن أن يقال نفى تعلّق القود والديه على القاتل فى الفرض؛ لأنّ المسلم المفروض مع وجود الضروره على قتله أعان على نفسه ببقائه فى دار الحرب وكان مفرطاً فى هدر دمه.

ودعوى أنّه فى هذا الفرض لا كفّاره أيضاً على القاتل لا يمكن المساعده عليها لإطلاق بعض الروايات بل الآيه المباركه «فإن كان من قوم عدوّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبه مؤمنه»(1) فإنّ المراد قتل المؤمن وهو فى قوم بينكم وبينهم عداوه يكون

1- (1) سوره النساء: الآيه 92.

ولو ظنّه كافراً، فلا ديه، وعليه الكفّاره[1]. ولو كان أسيراً، قال الشيخ: ضمن الديه والكفّاره؛ لأنّه لا قدره للأسير على التخلّص، وفيه تردد.

ولو اشترک جماعه فی قتل واحد، فعلی کلّ واحد کفّاره[2]، الشَرح:

علیکم فی قتله کفّاره.

لو ظنّه کافراً فلا دیه وعلیه الکفّاره

[1] ولو اعتقد أنّ الذی فی دار الحرب کافر فقتله ثمّ ظهر أنّه مسلم لا یکون علی القاتل قود بلا خلاف؛ لعدم القصد والعمد فی قتل المسلم، بل کما ذکرنا لو کان القصد فی بقائه بدار الحرب بالعمد والاختیار والحرب قائمه فبقاؤه فیها إعانه علی نفسه وإفراط علی هدر دمه.

نعم، إذا لم یکن له تمکّن من الخروج کما إذا أُخذ أسیراً وألزموه فالالتزام بالدیه ممکن وأنّه یجب علیه فی القتل کفّاره الخطأ.

لو اشترک جماعه فی قتل واحد

[2] لأنّه مع الاشتراک بحیث صدر القتل عن الجماعه بأجمعهم یصدق علی کلّ واحد أنّه قاتل فیتعلّق بکلّ منهم کفّاره القتل.

ویؤید ذلک ما ورد من إصابه صید من المحرمین کصحیحه عبدالرحمن بن الحجّاج، قال سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجلین أصابا صیداً وهما محرمان، الجزاء بینهما؟ أو علی کلّ واحد منهما جزاء؟ قال: لا، بل علیهما أن یجزی کلّ واحد منهما الصید(1).

1- (1) وسائل الشیعه 27 : 154 ، الباب 12 من أبواب صفات القاضی، الحدیث الأوّل.

وإذا قبل من العامد الديه، وجبت الكفّاره قطعاً. ولو قتل قوداً، هل تجب فى ماله؟ قال فى المبسوط: لا تجب، وفيه إشكال ينشأ من كون الجنايه سبباً[1].

الشَرح:

لو قتل قوداً هل تجب فى ماله الكفاره؟

[1] ذهب جمع من الأصحاب إلى أنّ فى مورد القتل العمد إذا لم يقتصّ من القاتل، سواء أخذ الديه أو عفا أولياء الدم عن الديه أيضاً يجب عليه كفّاره القتل عمداً، وأمّا إذا أخذ بالقصاص عنه بل لو قتل ولو بسبب آخر لا يجب عليه الكفّاره، وقال جمع آخر منهم الماتن قدس سره يؤخذ من مال القاتل الكفّاره.

والمستند للقائلين بأخذ الكفّاره من ماله أنّ الموجب لوجوب الكفّاره يعنى كفّاره الجمع وهو صدور القتل منه عمداً قد تحقّق ولا موجب لسقوطه بمجرّد قتل القاتل بالقصاص أو غيره فيجرى الاستصحاب فى بقائه على عهدته، ولكن لا يخفى أنّه لا مجال للاستصحاب؛ لأنّ موضع الاستصحاب يرتفع بالقصاص؛ لأنّه حكم تكليفى لدلاله صحيحه عبداللّه بن سنان على أنّ الكفّاره وإن كان وجوبها بصدور القتل إلاّ أنّه معلّق على عدم أخذ القصاص منه، بل عدم موته لأنّ الكفّاره وجوبها من وجوب الفعل فإذا قتل قبل ذلک بالقصاص أو بغيره فلا يكون موضوع حتّى يجب عليه الفعل وقد ذكرنا صحيحه عبداللّه بن سنان وموثقه ابن بكير جميعاً، عن أبى عبداللّه عليه السلام حيث ذكر فيها الإمام عليه السلام : «فإن عفوا عنه فلم يقتلوه أعطاهم الديه وأعتق نسمه، وصام شهرين متتابعين، وأطعم ستّين مسكيناً توبه إلى اللّه عزّ وجلّ»(1).

فإنّه كما أنّ إعطاء الديه معلّق على عدم القصاص وإلاّ فمع القصاص لا موضوع للديه كذلک وجوب الكفّاره.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 30 ، الباب 9 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

(الرابعه): فى العاقله والنظر فى تعيين المحلّ، وكيفيّه التقسيط، وبيان اللواحق.

أمّا المحل[1]: فهو: العصبه، والمعتق، وضامن الجريره، والإِمام.

وضابط العصبه[2]: من يتقرّب بالأب، كالأُخوه وأولادهم، والعمومه وأولادهم. ولا يشترط كونهم من أهل الإرث فى الحال. وقيل: هم الذين يرثون ديه القاتل لو قتل.

الشَرح:

فى العاقله

اشاره

[1] ذكر قدس سره فى المحلّ للعاقله أنّه العصبه، والمعتق يعنى من له ولاء العتق، وضامن الجريره يعنى من له ولاء ضمانها، ثمّ الإمام يعنى من له ولايه الإمامه ويؤتى الديه من بيت المال ويأخذ له كما يأتى.

تفسير العصبه

[2] وفسّروا العصبه بالذين يؤخذ منهم ديه الخطأ المحض ممّن يتقرّب إلى الجانى بالأب كالأُخوه وأولاد الأُخوه والعمومه وأولاد العمومه وقال: لا يشترط فى كونهم عصبه للجانى كونهم من أهل الإرث من الجانى، بل قد لا يكون من العصبه وإن يكن من الوارث.

وما قيل من أنّه يعتبر فى العصبه كونهم وارثين للجانى يأخذون ديته لو قتل لا يمكن المساعده عليه، فإنّ اعتبار العصبه فى قتل الخطأ أمر وكون شخص من أهل الإرث من الجانى أمر آخر، فإنّه لو قتل الجانى يرث ديته الزوجه والذكور والإناث، ولكن العقل يعنى الديه لا تؤخذ إلاّ من الذكور من العصبه دون من يتقرّب بالأُم للجانى أو بالأب من الإناث.

وفى هذا الإطلاق وهمٌ، فإنّ الديه يرثها الذكور والإناث، والزوج والزوجه، ومن يتقرّب بالأُم على أحد القولين. ويختصّ بها الأقرب فالأقرب، كما تُورَّث الأموال. وليس كذا العقل فإنّه يختصّ بالذكور من العصبه دون من يتقرّب بالأم، ودون الزوج والزوجه، ومن الأصحاب من خصّ به الأقرب ممّن يرث بالتسميه. ومع عدمه، يشترک فى العقل بين من يتقرّب بالأُم، مع من يتقرّب بالأب أثلاثاً. وهو استناد إلى روايه سلمه بن كهيل، عن أميرالمؤمنين (عليه الصلاه والسلام) وفى سلمه ضعف.

الشَرح:

وقد يقال إنّه تؤخذ الديه من الأقرب فالأقرب بالتسميه ومع عدمه يشترک من يتقرّب بالأب مع من يتقرّب بالأُم أثلاثاً فيؤخذ من المتقرّب بالأب ثلثان وبالأُم ثلث.

ويستدلّ على ذلک بروايه سلمه بن كهيل، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: أُتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد قتل رجلاً خطأً فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : من عشيرتک وقرابتک؟ فقال: ما لى بهذا البلد عشيره ولا قرابه، فقال: فمن أىّ البلدان أنت؟ قال: أنا رجل من أهل الموصل ولدت بها ولى بها قرابه وأهل بيت، قال: فسأل عنه أمير المؤمنين عليه السلام فلم يجد له بالكوفه قرابه ولا عشيره، قال: فكتب إلى عامله على الموصل: «أمّا بعد فإنّ فلان بن فلان وحليته كذا وكذا قتل رجلاً من المسلمين خطأً، فذكر أنّه رجل من أهل الموصل، وأنّ له بها قرابه وأهل بيت وقد بعثت به اليک مع رسولى فلان وحليته كذا وكذا، فإذا ورد عليک إن شاء اللّه وقرأت كتابى فافحص عن أمره وسل عن قرابته من المسلمين، فإن كان من أهل الموصل ممّن ولد بها وأصبت له قرابه من المسلمين فاجمعهم إليک، ثمّ انظر فإن كان رجل منهم يرثه له سهم فى الكتاب لا يحجبه عن ميراثه أحد من قرابته فألزمه الديه وخذه بها نجوماً فى ثلاث سنين فإن لم يكن له من قرابته أحد له سهم فى الكتاب وكانوا قرابته سواء فى النسب، وكان له قرابه من قبل أبيه وأُمّه سواء فى النسب ففضَّ الديه على قرابته من قبل أبيه وعلى قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدركين المسلمين ثمّ اجعل على

....

الشَرح:

قرابته من قبل أبيه ثلثى الديه، واجعل على قرابته من قبل أُمّه ثلث الديه، وإن لم يكن له قرابه من قبل أبيه ففضّ الديه على قرابته من قبل أمّه من الرجال المدركين المسلمين، ثمّ خذهم بها واستأدهم الديه فى ثلاث سنين، وإن لم يكن له قرابه من قبل أبيه ولا قرابه من قبل أُمّه، ففضّ الديه على أهل الموصل ممّن ولد ونشأ بها ولا تدخلنّ فيهم غيرهم من أهل البلد، ثمّ استأد ذلک منهم فى ثلاث سنين فى كلّ سنه نجماً حتّى تستوفيه إن شاء اللّه، فإن لم يكن لفلان بن فلان قرابه من أهل الموصل ولم يكن من أهلها وكان مبطلاً فى دعواه فردّه إلىّ مع رسولى فلان بن فلان إن شاء اللّه فأنا وليّه والمؤدّى عنه، ولا أُبطل دم امرئ مسلم»(1).

وبالجمله، ما ذكر الماتن قدس سره من أنّ من الأصحاب من خصّ بالمحلّ الأقرب إلى الجانى ممّن يرثه بالتسميه ومع عدم الأقرب كذلک يشترک فى العقل بين من يتقرّب بالأُمّ ومع من يتقرّب بالأب أثلاثاً استناد إلى روايه سلمه بن كهيل، غير تام:

أوّلاً: بأنّ الروايه ضعيفه من حيث السند؛ لأنّ فى بعض النسخ يروى الحسن بن محبوب، عن مالک بن عطيّه، عن أبيه عن سلمه بن كهيل وحال مالک بن عطيه وإن كان ظاهراً فإنّه ثقه إلاّ أنّ حال أبيه غير ظاهر، كما أنّ حال سلمه بن كهيل غير ظاهر.

وثانياً: أنّ مدلولها وإن كان أنّ الديه تؤخذ مع عدم الأقرب الذى ممّن يرث بالتسميه ممّن يتقرّب بالأُم مع التقرّب بالأب من الرجال دون النساء، ولكن ليس فى الروايه أثلاثاً.

ولكن قد يقال إنّ الديه تؤخذ أثلاثاً قد سقط فى نسخه الوسائل عن الحديث، ولكنّها مرويه فى الكافى موجود فى تلک النسخه حيث روى فى الكافى بإسناده فى الروايه السابقه عن ابن محبوب، عن مالک بن عطيّه، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 392 ، الباب 2 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

قال: أُتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد قتل رجلاً خطأً إلى أنّ قال عليه السلام فافحص عن أمره وسل من قرابته من المسلمين فإن كان من أهل الموصل ممّن ولد بها وأصبت له بها قرابه من المسلمين فاجمعهم إليک ثمّ انظر فإن كان منهم رجل يرثه له سهم فى الكتاب لا يحجبه عن ميراثه أحد من قرابته فألزمه الديه وخذه بها نجوماً فى ثلاث سنين، فإن لم يكن من قرابته أحد له سهم فى الكتاب وكان قرابته سواء فى النسب وكان له قرابه من قبل أبيه وأمّه فى النسب سواء ففضّ الديه على قرابته من قبل أبيه وعلى قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدركين المسلمين، ثمّ اجعل على قرابته من قبل أبيه ثلثى الديه، واجعل على قرابته من قبل أُمّه ثلث الديه، وإن لم يكن له قرابه من قبل أبيه ففضّ الديه على قرابته من قبل أُمّه من الرجال المدركين المسلمين ثمّ خذهم بها واستأدهم الديه فى ثلث سنين(1). الحديث ولكن ما رواه فى الوسائل عن أبيه بعد مالک بن عطيّه نسخه، وكان دأب الوسائل فى صوره اختلاف الروايه بحسب الروايه عن الكتب كان يتعرّض له بقوله: ولكن فيما رواه الكافى كذا روى الروايه عن الكافى، وقال فى ذيل الروايه ورواه الشيخ بإسناده عن ابن محبوب وكذا الصدوق(2).

وإذا كانت الأقرباء الأبى والأُمّى مشتركين بكون ثلثى الديه على أقربائه الأبى والثلث على الرجال من أقربائه الأمّى وارداً فى روايه الشيخ فى التهذيب فى المجلّد العاشر صفحه 171 ، الحديث 675 15 ، وكذا فى روايه الفقيه أيضاً المرويه فى المجلّد الرابع من الفقيه صفحه 105 ، باب العاقله الحديث الأوّل، يتعيّن أنّ الوارد فى الروايه اعتبار التقسيط بالثلثين والثلث وأنّ الاشتباه والسقوط فمن نسخه الوسائل.

1- (1) الكافى 7 : 364 ، الحديث 2.
2- (2) التهذيب 10 : 171 ، الحديث 15 . من لا يحضره الفقيه 4 : 139 ، الحديث 5308.

....

الشَرح:

ولكن الرّوايه من أصل سنده ضعف فإنّ فى سندها فى الفقيه والتهذيب مالک بن عطيّه، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل، وعطيّه وسلمه بن كهيل ضعيفان، وعلى ما ذكر لا يثبت بهذه الروايه العاقله وكيفيّه استيفاء ديه الخطأ منها والمقدار الثابت منها الرجال الأقرباء من ناحيه الأخوه الأبى وأولادهم وأعمام الأبى وأولادهم وما يأتى من آباء الجانى وأولاده، بل فيها أنّ مع عدم المتقرّب فى البلد إلى الجانى يكون العقل على أهل البلد وهذا أيضاً لا يعهد العمل بها.

والمحكى عن بعض الأصحاب أنّ العاقله التى تتحمّل ديه الخطأ المحض هم الورثه على ترتيب الأقرب فالأقرب فى الإرث.

ويستدلّ على ذلک بموثقه أبى بصير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه؟ قال: إن كان له مال أخذت الديه من ماله، وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن قرابه أدّاه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرئ مسلم(1). وصحيحه أحمد بن محمد عن ابن أبى نصر، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات، قال: إن كان له مال أُخذ منه، وإلاّ أُخذ من الأقرب فالأقرب(2).

ولكن لا يخفى أنّ الروايتين لا يرتبطان بالعاقله فإنّ تحمّل العاقله الديه فى الخطأ المحض وموردهما القتل عمداً مورد القصاص والالتزام بمضمونهما فى موردهما لا بأس به.

نعم، قد يقال بالاستدلال بمرسله يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه، عن أحدهما عليهماالسلام أنّه قال: فى الرجل إذا قتل رجلاً خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 3.

وهل يدخل الآباء والأولاد في العقل؟ قال فى المبسوط وفى الخلاف: لا، والأقرب دخولهما[1]، لأنّهما أدنى قومه.

الشَرح:

المقتول من الديه أنّ الديه على ورثته، فإن لم يكن له عاقله فعلى الوالى من بيت المال(1).

وفى الاستدلال بها أيضاً مناقشه:

أوّلاً: بأنّها مرسله فإنّ الشيخ(2) رواها بإسناده عن يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه عن أحدهما عليهماالسلام .

وثانياً: أنّ المراد بالخطأ ليس الخطاء المحض بل شبه العمد حيث تكون الديه على القاتل بقرينه قوله فى السؤال: «ومات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الديه» فتدلّ على أنّ الديه فى فرض موت القاتل على ورثته يعنى عاقلته وإلاّ على بيت المال، وعلى ما ذكر لا يمكن العمل بها فإنّ القاتل إذا لم تكن له تركه لا يكون شىء على ورثته، فإنّ الديه فى القتل المفروض دين على القاتل تؤدّى من تركته فمع عدم التركه فإن اقتضت المصلحه تؤدّى من بيت المال.

هل يدخل الآباء والأولاد فى العقل؟

[1] تعرّض الماتن قدس سره لدخول آباء الجانى وأولاده فى عاقلته فى استيفاء ديه الخطأ المحض، وحكى عن الشيخ فى المبسوط والخلاف(3) عدم دخولهم، وبما أنّ الآباء والأولاد أدنى الأقرباء للجانى وفسّروا العصبه بأدنى القوم فلا يمكن المساعده لما قال الشيخ قدس سره وتبعه بعض الأصحاب، ولعلّ العمده فى منعهم ما ورد فى صحيحه محمد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام على امرأه اعتقت رجلاً واشترطت ولاءه ولها ابن فألحق ولاءه بعصبتها الذين يعقلون عنه دون

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 397 ، الباب 6 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
2- (2) التهذيب 10 : 172 ، الحديث 16.
3- (3) المبسوط 7 : 173 ، الخلاف 5 : 277 ، المسأله 98.

ولا يشركهم القاتل فى الضمان[1]. ولا تعقل المرأه[2]، ولا الصبى، ولا المجنون، وإن ورثوا من الديه.

الشَرح:

ولدها(1). فكانت الصحيحه تدلّ على عدم دخول الولد فى العصبه يعنى عاقله المرأه الذين يعقلون عن الرجل المشروط ولاؤه. إذا ماتت المرأه التى أعتقت الرجل.

وبالجمله، الولد خارج عن عصبه الأُم إذا ماتت لا يرث ولدها ولاء الرجل المعتق، بل يكون ولاء الرجل المعتق لغير ولدها من عصبتها.

ولكن لا يمكن الاستدلال بالصحيحه على عدم دخول الولد فضلاً عن الأب عن عصبه الرجل أو المرأه وذلک فإنّ غايه مدلول الصحيحه أنّ الولد لا يدخل فى عصبه المرأه المعتقه إذا ماتت حيث ورد فيها قضى علىّ عليه السلام بأنّ ولاء الرجل الذى كان للمرأه. التى ماتت لعصبتها التى يعقلون عن الرجل المشروط ولاء الرجل(2).

ولو كان الولد داخلاً فى عصبه المرأه كان ولاؤه لولدها فإنّه أدنى القوم للمرأه.

والحاصل أنّه لا تدلّ الصحيحه إلاّ على أنّ ولاء المشروط للأُم بعد موت الأُم لا تصل من عصبه الأُم إلى ولدها وكأنّ الولد فى هذه الصوره لا تصل إليه ولاء المشروط للأُم، ولا بأس بالالتزام بذلک لدلاله الصحيحه التى لا تعمّ لعدم دخول الولد فى العصبه حتّى فى ولاء المشروط لأبيه المعتق بالكسر فضلاً من عدم دخول الأب أيضاً فى العصبه.

[1] بغير خلاف يعرف من أصحابنا قديماً وحديثاً حيث إنّ العاقله تضمن جنايته حيث كانت جنايته من الخطأ المحض.

لا تعقل المرأه ولا الصبى ولا المجنون

[2] أمّا خروج المرأه عن العاقله فإنّ العاقله كما تقدّم حتّى بناءً على دخول

1- (1) وسائل الشيعه 23 : 70 ، الباب 39 من أبواب كتاب العتق، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 23 : 70 ، الباب 39 من أبواب كتاب العتقع الحديث الأوّل.

ولا يتحمّل الفقير شيئاً[1]. ويعتبر فقره عند المطالبه، وهو حول الحول.

الشَرح:

الأقارب الأُمّى فى العاقله واشتراكهم إنّما يكون الذكور منهم، وأمّا المرأه فلا تكون من العصبه أصلاً، وقد عرفت أنّ الذكور من قرابه الأُم وارد فى روايه سلمه بن كهيل(1) ولا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها وغيره.

وأمّا الصبى والمجنون فإنّهما مرفوع عنهما قلم التكليف والوضع الملازم له، ولا ينافى عدم تحمّلهما الديه كونهما من العصبه وكونهما من الوارثين إذا قتل الجانى من ديته لما ذكرنا أنّ كلاّ منهما مرفوع عنهما القلم.

لا يتحمّل الفقير شيئاً من الديه

[1] كما هو ظاهر جماعه من الأصحاب، بل فى الجواهر دعوى عدم الخلاف فيه(2). ولكن إذا كان بحيث يتمكّن من الأداء ولو بالإمهال لا يبعد تحمّله أيضاً فإنّه لا يكون عصبه الجانى جميعهم من الأغنياء غالباً، كما لا يكون الغنى شرطاً مقوّماً لعنوان العصبه كما لا يخفى ودعوى الإجماع فى المسأله غير ظاهره.

ويمكن دعوى أنّ تحمّل الديه ليس حكماً وضعيّاً بأن تكون على ذمّتهم بالجنايه ديناً بل هو مجرّد تكليف عند حولان الحول فمن كان فقيراً عنده لم يكن عليه تكليف ففى النتيجه يعتبر فى وجوبها على أفراد العصبه غناهم، ولكنّ الأحوط إعطاء الفقير أيضاً عند حولان الحول إذا أمكنه أداءها ولو بالتأخير.

وبالجمله، ولو لم يكن للعاقله الجانى ضمان فى قتله خطأً، ولكن يوجد التكليف بإخراج ديه الجانى عند حولان الحول، ولكن إن أُحرز الإجماع التعبّدى لما ذكره الماتن من عدم تحمّل الفقير شيئاً من الديه إذا كان فقيراً عند حولان الحول يلتزم به، وإن لم يتم فيما أنّ الفقير أيضاً من عصبه الجانى وأمكن له الاشتراک مع سائر

1- (1) تقدمت تحت عنوان تفسير العصبه.

2- (2) جواهر الكلام 43 : 421.

ولا يدخل فى العقل[1] أهل الديوان. ولا أهل البلد، إذ لم يكونوا عصبه وفى روايه سلمه، ما يدلّ على إلزام أهل بلد القاتل، مع فقد القرابه، ولو قتل فى غيره، وهو مطرح.

ويقدّم من يتقرّب بالأبوين[2]، على من انفرد بالأب.

الشَرح:

أفراد العصبه ولو بالإمهال فلا موجب للقول بأنّه لا شىء عليه.

لا يدخل فى العقل أهل الديوان ولا أهل البلد

[1] يعنى لا يؤخذ ديه المجنى عليه فى قتل الجانى خطأً بل فى جنايته بالجرح خطأً من أهل الديوان، وأهل الديوان على ما ذكروه الذين مهّدوهم للجهاد وأدّوا لهم أرزاقهم وسجلت أسماؤهم، وهذا عندنا لا اعتبار به ولا يؤخذ من أهل ما يسمّون الديوان شىء من الديه إلاّ إذا كان من يؤخذ منه من عصبه الجانى، ومعلوم أنّ ما يسمّونه بالديوان لم يكن فى زمان النبى صلى الله عليه و آله ويقال اخترعه الثانى ولا اعتبار لمن يدخل فى ذلک ولم يكن من عصبه الجانى كما هو الحال فى أهل البلد الذى يكون بلد الجانى فإن أهل ذلک البلد إذا لم يكن فيهم من عصبه الجانى فلا يؤخذ منهم شىء، وما ورد فى روايه سلمه بن كهيل(1) متروک لضعف الروايه من جهات على ما تقدّم مع صدور الجنايه خطأ عن الجانى فى غير ذلک البلد.

تقديم من يتقرب بالأبوين

[2] يعنى يؤخذ ديه الجانى خطأ ممّن يتقرّب إلى الجانى بالأبوين كافيه من جهه أبويه ولا يؤخذ من أخيه المتقرّب إليه من جهه أبيه خاصّه وقد ادّعى عدم الخلاف فى ذلک.

ولكن لا يخفى أنّه لا فرق بين الأخوين فى كونهما من عصبه الجانى، والمقام

1- (1) المتقدمه تحت عنوان تفسير العصبه.

ويعقل المولى من أعلى، ولا يعقل[1] من أسفل.

الشَرح:

غير مربوطٍ بإرث الآخرين من الجانى حتّى يكون الأخ المتقرّب إلى الجانى بأبويه وارثاً دون المتقرّب بأبيه فقط، بل المقام يذكر حكم من يؤخذ منه ديه الخطأ الذى ارتكبه الجانى، وإذا فرض أنّ الديه على عصبه الجانى فلا فرق فى العصبه بين الأخوين فى كونهما من عصبه الجانى. ودعوى أنّه ورد فى صحيحه البزنطى ما يدلّ على أنّه يلاحظ فى العصبه أيضاً الأقرب فالأقرب، وكذا فى موثقه أبى بصير(1)، فإنّه روى البزنطى، عن أبى جعفر الثانى عليه السلام فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات، قال: «إن كان له مال أُخذ منه وإلاّ أُخذ من الأقرب فالأقرب(2). ومثلها روايه أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السلام (3). لا يمكن المساعده عليها فإنّ الروايتين واردتان فى القتل عمداً، ويمكن اختلاف الحكم فيه مع الحكم فى القتل خطأً فلا يمكن رفع الحكم فى الثانى باختلاف الحكم فى الأوّل.

يعقل المولى من أعلى

[1] كما ذكر تفصيل ذلک فى كتاب الإرث والمراد بالمولى من الأعلى المولى المعتق بالكسر، فإنّ العبد إذا لم يكن عتقه سائبه ولا ممّن ينعتق على مولاه قهراً بتنكيل مولاه أو لم يتبرّأ مولاه من جريرته يكون ولاؤه لمولاه المعتق، ومع عدم المال له يكون ولاؤه لمولى المولى المعتق، وهكذا على ما تقدّم فى كتاب الإرث ويقال لمولى المعتق بالكسر المولى المنعم، ويقال للعبد المعتق بالفتح المولى الأسفل، فإنّ المولى من الأعلى يعقل دون المولى من الأسفل.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 3.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

وتحمل العاقله دیه الموضحه فما زاد قطعاً. وهل تحمل ما نقص؟ قال فی الخلاف: نعم، ومنع فی غیره، وهو المروی[1]، غیر أنّ فی الروایه ضعفاً.

وتضمن العاقله دیه الخطأ فی ثلاث سنین[2]، کلّ سنه عند انسلاخها ثلثاً، تامّه کانت الدیه أو ناقصه، کدیه المرأه ودیه الذمّی.

الشَرح:

[1] یعنی عدم تحمّل العاقله الدیه ما قبل الموضحه مروی، وهی روایه أبی مریم الأنصاری وهی موثقه، بل صحیحه علی الأصح، فإنّه رواها الکلینی عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن فضال یعنی الحسن بن فضال، عن یونس بن یعقوب، عن أبی مریم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه لا یحمل علی العاقله إلاّ الموضحه فصاعداً، وقال: ما دون السمحاق أجر الطبیب سوی الدیه(1). وقد تکلّمنا فی بحث الصلاه عن حال إبراهیم بن هاشم، وابن فضال قد رجع عن الفطحیه علی الأصح، وغایه الأمر تکون الروایه موثّقه، ولعلّ مراد الماتن من ضعفها ضعف المدلول، فإنّ ما ورد فیها من ضمان أجر الطبیب زائداً علی دیه الشجّه والجرح لم یظهر العمل به، بل هو علی خلاف مقتضی الدیه، ولکن بشمول الروایه لحکم لم یعمل به الأصحاب وکونها خلاف مقتضی الحکم الآخر الوارد فیها لا یترک أصل الروایه، فإنّ مقتضی الاستناد فیها عدم تحمّل ما دون الموضحه علی العاقله بل علی نفس الجانی کما هو مقتضی قوله سبحانه: «ولا تزر وازره وزر أُخری»(2).

تستأدی دیه الخطأ فی ثلاث سنین

[2] والأظهر عدم الفرق فی دیه النفس بین نفس الرجل والمرأه بین الصغیر والکبیر، بل بین دیه المسلم أو الکافر الذمّی بل بین دیه النفس ودیه الأطراف بل بین الدیه والأرش، فإنّ الأداء فی ثلاث سنین یعمّ جمیع ذلک ما فی صحیحه أبی ولاد،

1- (1) الکافی 7 : 365 ، الحدیث 4.
2- (2) سوره الأنعام: الآیه 164.

....

الشَرح:

عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: کان علی علیه السلام یقول: «تستأدی دیه الخطأ فی ثلاث سنین، وتستأدی دیه العمد فی سنه»(1) وإطلاقها یعمّ دیه النفس والأطراف بلا تأمّل بل أرش الجروح أیضاً، حیث إنّ الأرش دیه غیر مقدّره، بل ورد فی جنایه الأعمی أنّه تحسب خطأ یلزم علی عاقلته فی ثلاث سنوات وإن لم یکن للأعمی عاقله تؤخذ من ماله(2). فالتعبیر بالجنایه یعمّ موارد الأرش فضلاً عن دیه الأطراف التی ورد فیها معتبره أبی مریم، عن أبی جعفر علیه السلام قضی أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه لا یحمل علی العاقله إلاّ الموضحه وصاعداً، وقال: ما دون السمحاق أجر الطبیب سوی الدیه(3). یعنی السمحاق وما دونه زائداً علی دیته علی الجانی أجر الطبیب أیضاً، وقد تقدّم أنّه لا یمکن أن یلتزم بأجر الطبیب علی الجانی؛ لأنّ الدیه عوض الجنایه.

ثمّ إنّه قد ذکرنا أنّ جنایه الخطأ علی عاقله الجانی وإذا لم یکن له عاقله ولا ولاء جریره تکون فی بیت المال.

ویستثنی من ذلک جنایه الأعمی فإنّ جنایته تعدّ من الخطأ وإذا لم تکن للأعمی عاقله تکون جنایته فی ماله.

کما یدلّ علی ذلک صحیحه محمّد الحلبی قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عیناه علی خدّیه فوثب المضروب علی ضاربه فقتله؟ قال: فقال أبو عبداللّه علیه السلام : هذان متعدّیان جمیعاً فلا أری علی الذی قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حین قتله وهو أعمی، والأعمی جنایته خطأ یلزم عاقلته یؤخذون بها فی ثلاث سنین فی کلّ سنه نجماً فإن لم یکن للأعمی عاقله لزمته دیه ما

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 205 ، الباب 4 من أبواب دیات النفس، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 396 ، الباب 5 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

أما الأرش فقد قال فى المبسوط: يُستأدى فى سنه واحده عند انسلاخها، إذا كانت ثلث الديه فما دون؛ لأنّ العاقله لا تعقل حالاً، وفيه إشكال ينشأ من احتمال تخصيص التأجيل بالديه لا بالأرش. قال: ولو كان دون الثلثين، حلّ الثلث الأوّل عند انسلاخ الحول، والباقى عند انسلاخ الثانى. ولو كان أكثر من الديه، كقطع يدين وقلع عينين، وكان لاثنين، حلّ لكلّ واحد عند انسلاخ الحول ثلث الديه. وإن كان لواحدٍ حلّ له الثلث، لكلّ جنايه سدس الديه، وفى هذا كلّه الإشكال الأوّل.

ولا تعقل العاقله، إقراراً ولا صلحاً[1] ولا جنايه عمد، مع وجود القاتل، ولو كانت موجبه للديه، كقتل الأب ولده، أو المسلم الذمى، أو الحرّ المملوک. الشَرح:

جنى فى ماله يؤخذ بها فى ثلاث سنين ويرجع الأعمى على ورثه ضاربه بديه عينيه(1).

وحمل الروايه على ما إذا قصد الأعمى الضرب دون القتل ويكون ما فعله الأعمى مورد الخطأ حقيقه لا يمكن المساعده عليه، فإنّ ظاهر قوله عليه السلام: «الأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته» عمومه لكلّ أعمى، بل يعمّ كلّ جانٍ خطأً فى كون جنايته فى ماله مع عدم العاقله.

وبالجمله، كما تؤدى ديه النفس حتّى ديه الذمّى فى ثلاث سنين كذلک ديه الأطراف الأرش خطأً قلّ أو كثر.

والالتزام بأنّ ديه الأطرف إذا كان أقلّ من مقدار ثلث الديه تعطى فى سنه واحده وإن كان أقلّ بمقدار الثلثين يعطى فى سنتين، وإن كانت زائده على الثلثين يؤدى الزائد فى السنه الثالثه لا يمكن رفع اليد عن إطلاق ثلاث سنين بذلک قلّ أو كثر.

العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً

[1] ظاهر ما تقدّم فيتحمّل العاقله جنايه الخطأ فرض ثبوت الجنايه خطأً، ومن

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

ولو جنى على نفسه خطأ، قتلاً أو جرحاً طَلَّ ولم يضمنه العاقله.

وإن كانت خطأً دون عاقلته، ومع عجزه عن الديه، فعاقلته الإمام؛ لأنّه يؤدى إليه ضريبته[1].

الشَرح:

الظاهر ثبوت ما ذكر يكون بالبيّنه كسائر الأشياء والموضوعات، ولا يثبت بإقرار الجانى فإنّ إقراره يكون على الغير لا على النفس، وكذلک الصلح يكون نافذاً بالمتصالحين والعاقله خارجه عنها فلا يكون نفوذ فى حقّ العاقله.

وفى معتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً»(1).

جنايه الذمى فى ماله

[1] ويدلّ على ذلک موثقه زيد بن على، عن آبائه عليهم السلام قال: لا تعقل العاقله إلاّ ما قامت عليه البيّنه، قال: وأتاه رجل فاعترف عنده فجعله فى ماله خاصّه ولم يجعل على العاقله شيئاً(2). ويؤيّدهما روايه أبى بصير: لا تضمّن العاقله عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(3). وأيضاً ما ورد فى ضمان العاقله ما إذا كانت جنايه الجانى خطأً على الغير، وأمّا إذا جنى على نفسه خطأً أو عمداً تكون هدراً فلا يضمنها العاقله أو غير العاقله.

قد تعرّض جماعه من الفقهاء لولاء العتق وضمان الجريره ولواء الإمامه فى مسائل الإرث بمناسبه كونهما من موجبات الإرث.

أمّا ولاء العتق فإن كان عتق المولى عبده أو أمته سائبه فلا يكون له ولاء العتق، كما إذا كان عتقه من الواجب عليه كالكفّاره، وقد عنون فى الوسائل باباً من أنّ المعتق

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 394 ، الباب 3 من أبواب العاقله، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 398 399 ، الباب 9 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 394 ، الباب 3 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

بالفتح واجباً سائبه لا ولاء لأحد عليه إلاّ ضامن الجريره أو الإمام أو تبرّأ المولى من جريرته وكذا الحال فى من نكلّ بمملوكه.

وقد نقل فيها روايات.

منها: قوله عليه السلام انظر فى القرآن فما كان فيه «فتحرير رقبه» فتلك يا عمّار السائبه التى لا ولاء لأحد من الناس عليها إلاّ اللّه عزّ وجلّ، فما كان ولاؤه للّه عزّ وجلّ فهو لرسول اللّه صلى الله عليه و آله وما كان ولاؤه لرسول اللّه صلى الله عليه و آله فإنّ ولاءه للإمام وجنايته على الإمام وميراثه له(1). إلى غير ذلک وهذا بالإضافه إلى المعتق الذى لم يتّخذ ولاء ضمان الجريره من شخص آخر.

ويلحق بذلک المولى الذى أعتق عبده أو أمته تحصيلاً لثوابه وتبرّأ حين عتقه من جريرته فإنّ المعتق فى هذه الصوره أيضاً سائبه فإن لم يتخذ ضامن جريره يكون ولاؤه للإمام عليه السلام وقد ذكرنا أنّ المولى إذا أخذ من عبده فريضه أى مال الكتابه يكون عند عتقه سائبه فيجوز أن يتخذ ضامن جريره كما أنّ تنكيل المولى عبده أو أمته يوجب انعتاق العبد والأمه، كما فى معتبره أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنّه حرّ لا سبيل عليه سائبه، يذهب فيتولى من أحبّ فإذا ضمن جريرته فهو يرثه(2).

ونظير ذلک إذا عمى العبد أو أُقعد أو جذم انعتق لا ما إذا صار أعور أو أشل أو أعرج.

وقد ذكرنا أنّ العبد أو الأمه مع فرض المال لهما عند موتهما وكان لهما قرابه نسبى ولكنّه رقّ يشترى من مال العبد ويعتق ويعطى المال له ولا تصل النوبه إلى أن

1- (1) وسائل الشيعه 23 : 77 ، الباب 43 من أبواب العتق، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 26 : 245 ، الباب الأوّل من أبواب ولاء ضمان الجريره، الحديث 6.

ولا يعقل مولى المملوک جنايته، قِنّاً كان أو مدبراً أو مكاتباً أو مستولده على الأشبه.

وضامن الجريره يعقل[1]، ولا يعقل عنه المضمون. ولا يجتمع مع عصبه، ولا معتق؛ لأنّ عقده مشروط بجهاله النسب وعدم المولى. نعم لا يضمن الإِمام عليه السلام مع وجوده ويُسره، على الأشبه.

الشَرح:

يرثه المولي المعتق أو ضامن الجريره أو الإمام. وقد تقدّم أنّه لو كان للعبد قريب نسباً وكذا الجاريه ولهما مال اكتسبا وماتا القريب نسباً يشترى بمالهما ويعتق ويدفع إليه مالهما ففى صحيحه جميل بن دراج، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى مكاتب يموت، وقد أدّى بعض مكاتبته، وله ابن من جاريه، وترک مالاً قال: يؤدّى ابنه بقيّه مكاتبته ويعتق ويرث ما بقى(1). نعم، إذا لم يكن المعتق سائبه فمولاه يعقل جنايته ويرثه إذا لم تكن له قرابه، ويدلّ على ذلک النصوص الدّاله على أنّ ولاء العبد لمولاه الذى أعتقه بانضمام ما دلّ من النصوص على أنّ الولاء يستلزم العقل. فمن الطائفه الأُولى صحيحه أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبداللّه عليه السلام فى امرأه أعتقت رجلاً، لمن ولاؤه؟ ولمن ميراثه؟ قال: للذى أعتقه، إلاّ أن يكون له وارث غيرها(2). ومن الطائفه الثانيه صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «إذا ولى الرجل الرجل فله ميراثه وعليه معقلته»(3).

يعقل ضامن الجريره

[1] وعقّبه فى الجواهر بقوله: «إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضه»(4)

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 59 ، الباب 23 من أبواب موانع الإرث، الحديث 6.
2- (2) وسائل الشيعه 23 : 62 ، الباب 35 من أبواب العتق، الحديث 3.
3- (3) وسائل الشيعه 26 : 244 ، الباب الأوّل من أبواب ولاء ضمان الجريره، الحديث 2.

4- (4) جواهر الكلام 43 : 432.

....

الشَرح:

والعمده هى نصوص الباب.

منها صحيحه إسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل إذا اعتق، أله أن يضع نفسه حيث شاء ويتولى من أحبّ؟ فقال: إذا أعتق للّه فهو مولى للّذى أعتقه، وإذا أعتق فجعل سائبه، فله أن يضع نفسه ويتولّى من شاء(1).

ومنها صحيحه عبداللّه بن سنان، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى من أعتق عبداً سائبه أنّه لا ولاء لمواليه عليه، فإن شاء توالى إلى رجل من المسلمين فليشهد أنّه يضمن جريرته، وكلّ حدث يلزمه، فإذا فعل ذلک فهو يرثه، وإن لم يفعل ذلک كان ميراثه يردّ على إمام المسلمين(2).

ومنها صحيحه سليمان بن خالد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن مملوک أعتق سائبه؟ قال: يتولّى من شاء، وعلى من تولاّه جريرته وله ميراثه قلت: فإن سكت حتّى يموت، قال: يجعل ماله فى بيت مال المسلمين(3).

وذكر قدس سره أنّ ديه جنايه الكافر الذمّى حتّى ولو كانت خطأً فى ماله دون عاقلته وإن لم يكن له مال فجنايته فى بيت المال.

كما يشهد بذلک صحيحه أبى ولاّد، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: ليس فيما بين أهل الذمّه معاقله فيما يجنون من قتل أو جراحه إنّما يؤخذ ذلک من أموالهم فإن لم يكن لهم مال رجعت الجنايه على إمام المسلمين؛ لأنّهم يؤدّون إليه الجزيه كما يؤدّى العبد الضريبه إلى سيّده قال: وهم مماليک للإمام فمن أسلم منهم فهو حرّ(4).

1- (1) وسائل الشيعه 23 : 63 ، الباب 36 من أبواب العتق، الحديث الأوّل.

2- (2) وسائل الشيعه 26 : 250 ، الباب 3 من أبواب ولاء ضمان الجريره والإمامه، الحديث 12.
3- (3) وسائل الشيعه 23 : 73 ، الباب 41 من أبواب كتاب العتق، الحديث الأوّل.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 391 ، الباب الأوّل من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

حيث يستفاد منها أنّ جنايه الذمّى على بيت المال، حيث إنّ الجزيه المعطاه من مال بيت المال، وولايه بيت المال للإمام عليه السلام ولو بنصبه أو توليته من يتصدّى له فى زمان حضوره عليه السلام .

والحاصل أنّه إذا لم يكن للذمّى مال يعطى ديه جنايته من بيت المال الذى الولايه عليه للإمام عليه السلام لا من سهم الإمام عليه السلام الذى مقابل سهم الساده الكرام، وحيث إنّ مصرف بيت المال مصالح المسلمين لا يكون ضمان بيت المال إلاّ فى مورد المصلحه لا مطلقاً.

ص :368

(أمّا كيفيّه التقسيط) فإنّ الديه تجب ابتداءً على العاقله لا يرجع بها على الجانى على الأصحّ[1]

الشَرح:

فى التقسيط

هل ثبوت الديه على العاقله وجوب تكليفى أو نحو ضمان

[1] المشهور عند علمائنا أنّ ضمان ديه الجنايه خطأً على العاقله لا أنّ التكليف بأداء ديه الجنايه خطأً متوجّه إلى عاقله الجانى، وأمّا ضمان ديه الجنايه على نفس الجانى كما هو المحكى عن الشيخ المفيد وسلاّر(1).

ويستدلّ على ما ذهبا إليه من كون ضمان الجنايه على الجانى بقوله سبحانه: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلاّ خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبه مؤمنه وديه مسلّمه إلى أهله إلاّ أن يصّدّقوا»(2) فإنّ ظاهر الآيه كون الديه على القاتل خطأً ككفّاره القتل.

وأمّا الروايات فمنها ما هو صريح فى ضمان القاتل كصحيحه أبى العباس، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: سألته عن الخطأ الذى فيه الديه والكفّاره، أهو أن يعتمد ضرب رجل ولا يعتمد قتله؟ فقال: نعم، قلت: رمى شاه فأصاب إنساناً، قال: ذاک الخطأ الذى لا شكّ فيه، عليه الديه والكفّاره(3).

ومنها ما هو ظاهر فى ذلک كصحيحه زراره قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام : رجل قتل فى الحرم؟ قال: عليه ديه وثلث ويصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قال: قلت:

1- (1) حكاه ابن فهد الحلى فى المهذب البارع 5 : 422 ، وانظر المقنعه: 737 ، والمراسم: 241.
2- (2) سوره النساء: الآيه 92.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 38 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.

....

الشَرح:

هذا يدخل فيه العيد وأيّام التشريق؟ فقال: يصومه فإنّه حقّ لزمه(1). ونحوها بل أظهر منها صحيحته الأخرى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً خطأً فى أشهر الحرم؟ فقال: عليه الديه وصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: إنّ هذا يدخل فيه العيد وأيّام التشريق، قال: يصومه فإنّه حقّ لزمه(2).

وبالجمله، ظاهر الآيه المباركه هو أنّ الديه كالكفّاره فى القتل خطأً على الجانى، ولو كنّا نحن والآيه التزمنا بأنّ فى القتل فى الخطأ المحض أيضاً ديه الجنايه على الجانى فعليه أن يؤدّى الديه إلى أولياء المقتول، ولكن رفعنا اليد بما ورد فى القتل فى الخطأ المحض بأنّ الديه تتحمّلها العاقله(3). ولا يستفاد من ذلک إلاّ التكليف بأدائها وأمّا ضمانهم الديه فلا تستفاد من الروايات الوارده فى العاقله، بل مقتضى ما ذكر من الروايات ضمانها على الجانى.

لا يقال: ورد فى البين روايات ظاهرها ضمان العاقله الديه فى الخطأ المحض كما عليه المشهور كمعتبره السكونى عن جعفر عن أبيه أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(4). فإنّ المتفاهم منها ضمان العاقله فى الخطأ المحض مع ثبوته بغير الإقرار والصلح كما فى ثبوته بالبيّنه.

فإنّه يقال: الروايه ضعيفه فإنّ فى سندها النوفلى الراوى عن السكونى كروايه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام : لا تضمن العاقله عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً(5)، حيث

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 3.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 204 ، الباب 3 من أبواب ديات النفس، الحديث 4.

3- (3) وسائل الشيعه 29 : 400 ، الباب 11 من أبواب العاقله، الحديث 1 و3.
4- (4) وسائل الشيعه 29 : 394 ، الباب 3 من أبواب العاقله، الحديث 2.
5- (5) وسائل الشيعه 29 : 394 ، الباب 3 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

إنّ فی سندها علی بن أبی حمزه.

أقول: أمّا الآیه المبارکه(1) فلا یختصّ مدلولها بالقتل بالخطأ المحض، بل تعمّ مطلق الخطأ ولو کان ما یعبّر عنه بشبه الخطأ، فإنّ الکفّاره ثابته فی کلا القسمین من الخطأ بنحو الترتّب، وغایه دلالتها ظهورها فی أنّ الکفاره واجبه علی القاتل خطأً وکذلک الدیه، ولا مانع من رفع الید عن ظهورها فی کون الدیه علی القاتل خطأً فی القاتل بنحو الخطأ المحض بقیام الدلیل عل کون الدیه فیه علی عاقله الرجل الجانی أو المرأه الجانیه.

وممّا ذکرنا فی الآیه یظهر الحال فی صحیحه أبی العباس(2) وصحیحتی زراره(3)، فإنّ الخطأ الوارد فی صحیحه الفضل بن عبد الملک أیضاً کما فی الآیه مطلق یمکن رفع الید عن الإطلاق فی الخطأ المحض من قوله علیه السلام : «ذاک الخطاء الذی لا شکّ فیه وعلیه الکفاره والدیه»، بما إذا لم یکن له عاقله، والحال فی صحیحه زراره أیضاً کذلک.

وعلی ذلک فنقول: روایه السکونی معتبره حتّی عند القائل بصحه فتوی المفید، وتوجیه الاستدلال للفتوی المزبور مع أنّه لم یرد فی شیء من الروایات التعرّض بأنّ العاقله إذا أدّوا الدیه فی الخطأ المحض یأخذون بدله عن الجانی، بل حکم علیه السلام فی صحیحه محمد الحلبی بعد ذکر أنّ: الأعمی جنایته خطأً یلزم عاقلته یؤخذون بها فی ثلاث سنین فی کلّ سنه نجماً فإن لم یکن للأعمی عاقله لزمته دیه ما جنی فی ماله(4).

1- (1) سوره النساء: الآیه 92.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 38 ، الباب 11 من ابواب القصاص فی النفس، الحدیث 9 وقد تقدمت آنفاً.
3- (3) وسائل الشیعه 29 : 204 ، الباب 3 من أبواب دیات النفس، الحدیث 3 و4.
4- (4) وسائل الشیعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.

وفی کیفیه التقسیط قولان: أحدهما علی الغنی عشره قراریط[1]، وعلی الفقیر خمسه قراریط، اقتصاراً علی المُتَّفق. والآخر یقسّطها الإمام علی ما یراه، بحسب أحوال العاقله، وهو أشبه.

الشَرح:

وقد ورد فی جنایه المعتوه فی صحیحه محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: کان أمیر المؤمنین علیه السلام یجعل جنایه المعتوه علی عاقلته خطأً کان أو عمداً(1). وفی صحیحه محمد بن مسلم، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: عمد الصبی وخطأه واحد(2). ومن الظاهر عدم الفرق بین جنایه المجنون والصبی.

کیفیه التقسیط

[1] ذکر قدس سره فی تقسیط الدیه علی العاقله قولان:

أحدهما: علی الغنی من العاقله عشره قراریط أی نصف دینار وعلی الفقیر خمسه قراریط أی ربع دینار(3)، وعلّل ذلک بأنّ ثبوت المقدار المذکور علی کلّ من الغنی والفقیر متّفق علیه ویدفع الزائد علی ما ذکر بالأصل.

والقول الثانی: أنّ تقسیط الدیه علی العصبه للإمام علی حسب ما یراه من أحوال العاقله(4).

ولکن لا یخفی أنّ الأمر الثانی یعنی ملاحظه الإمام أحوال العاقله بناءً علی کون الدیه علی العاقله حتّی فیما کان الفقیر من العاقله کسوباً، إنّما هو بالإمهال للفقیر

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 400 ، الباب 11 من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 400 ، الباب 11 من أبواب العاقله، الحدیث 2.
3- (3) وهو قول الشیخ فی المبسوط 7 : 174 ، والخلاف 5 : 282 ، المسأله 105 ، والقاضی فی المهذب 2 : 504 ، واختاره العلامه فی القواعد 3 : 711 ، والإرشاد 2 : 230.

4- (4) وهو القول الآخر للشيخ فى المبسوط 7 : 178 ، والخلاف 5 : 279 ، المسأله 100 ، وابن ادريس السرائر 3 : 332 ، والمصنف هنا وفى المختصر النافع: 308 ، وغيرهم.

وهل يجمع بين القريب والبعيد؟ فيه قولان: أشبههما الترتيب فى التوزيع[1].

وهل تؤخذ من الموالى مع وجود العصبه؟ الأشبه: نعم، مع زياده الديه عن العصبه. ولو اتسعت أُخذت من عصبه المولى.

الشَرح:

لا أخذ الأقلّ منهم، ومقتضى تحمّل العاقله أو ضمانهم الديه عدم الفرق بين أفرادهم، وإنّما كان الفرق فيما إذا كان إعطاء ديه الجانى من بيت المال حيث إنّ للإمام أن يلاحظ المصلحه فى صرف بيت المال ومورد إعطاء ديه الجانى من مصارف بيت المال كما استظهرنا ذلک من صحيحه أبى ولاّد المرويّه فى الباب الأوّل من أبواب العاقله.

والاستدلال على القول الأوّل غير تام أيضاً لعدم الاتفاق على نصف دينار وربع دينار حتّى يكون الزائد مورد الأصل العملى؛ لأنّ حكايه القولين فى نفسها قرينه على عدم الإجماع على التفصيل فلا مورد فى المسأله لدعوى الإجماع.

والحاصل أنّ مقتضى ما ذكرنا هو تعيّن قول ثالث فى التقسيط وهو عدم الفرق بين الغنى والفقير.

[1] لم يظهر كون التوزيع على ترتيب التوارث أشبه لما ذكرنا من أنّ الوارث يأخذ ما ترک الميّت وقوله سبحانه: «وأُولو الأرحام بعضهم أولىٰ ببعض»(1) ناظر إلى ذلک، ولكنّ العصبه يؤخذ منهم ديه الجانى خطأً ومقتضى المناسبه أن تؤخذ الديه من كلّ فرد من العصبه بعد التسالم على أخذ الديه منهم بل وضمانهم الجنايه التى تكون خطأً محضاً.

وما ورد من الأخذ من ورثه الجانى إذا مات قبل إعطاء الديه كما فى مرسله يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه، عن أحدهما عليهماالسلام أنّه قال: فى الرجل إذا قتل رجلاً خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الديه أنّ الديه على ورثته(2).

1- (1) سوره الأنفال: الآيه 75.

2- (2) وسائل الشيعه 29 : 397 ، الباب 6 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وما ورد فی معتبره أبی بصیر قال: سألت أبا عبداللّه علیه السلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم یقدر علیه؟ قال: إن کان له مال أُخذت الدیه من ماله، وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب. الحدیث(1).

فلا دلاله لهما علی دیه القتل بالخطأ المحض التی لیس علی القاتل، والمرسله مع ضعفها بالإرسال فی ما إذا کانت الدیه علی نفس الجانی کما هو الحال فی معتبره أبی بصیر.

وأمّا ما ورد فی صحیحه ابن أبی نصر عن أبی جعفر علیه السلام (2) فهو أیضاً فی مورد القتل العمدی لا فی الأخذ من العاقله فی القتل بالخطأ المحض.

ثمّ إنّ ما ذکرنا من ثبوت الدیه خطأً علی العاقله من غیر فرق بین الغنی والفقیر بالإضافه إلی الفقیر الکسوب حیث یتمکّن من الأداء ولو بالإمهال.

وأمّا بالإضافه إلی من لا یتمکّن من الاکتساب وتحصیل المال یکون التوزیع علی المتمکّنین من الأداء، من غیر فرق بین أن یقال بأنّ التوزیع علی العاقله فی مجرّد التکلیف بالأداء لا فی ضمان الدیه وأنّ ضمان الدیه علی الجانی ولو کانت جنایته بالخطأ المحض، أو قلنا بما ذکرنا من أنّ ظاهر ما دلّ علی أنّ جنایه الخطأ المحض علی العاقله ونحوها کون التکلیف والضمان علی العاقله إلاّ فی صوره عدم العاقله للجانی حیث تؤخذ الدیه من مال الجانی، غایه الأمر اختصاص توزیع الدیه علی المتمکّنین من العاقله لا عن العاجز عن الأداء أظهر، فإنّ ما دلّ علی أنّ ضمان الجنایه بالخطأ المحض علی العاقله ینصرف عن الذی من العاقله ولا یتمکّن من الأداء.

1- (1) وسائل الشیعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحدیث الأوّل.
2- (2) وسائل الشیعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحدیث 3.

ولو زادت فعلى مولى المولى، ثمّ عصبه مولى المولى. ولو زادت الديه عن العاقله أجمع، قال الشيخ: يؤخذ الزائد من الإمام[1] حتّى لو كانت الديه ديناراً وله أخ، أخذ منه عشره قراريط، والباقى من بيت المال. والأشبه إلزام الأخ بالجميع إن لم يكن عاقله سواه؛ لأنّ ضمان الإمام مشروط بعدم العاقله أو عجزهم عن الديه.

الشَرح:

[1] قد ذكرنا أنّه لا تقدير لمقدار الديه الذى يؤخذ من أفراد العصبه كما أنّه لا ترتيب بين أفراد العصبه بحيث يقدّم بعضها على بعض بحسب الترتيب بين مراتب الإرث، وعلى ذلک فلو كانت الديه زائده تستوفى من جميع أفراد العصبه إلاّ من ذكر عدم الاستيفاء منه.

نعم، إذا لم يمكن الاستيفاء منهم لزياده الديه فمع عدم الولاء تؤخذ المقدار الذى لا يتيسّر استيفاؤه من أفراد العصبه من بيت المال حيث إنّ مصارفها مصالح الرعيّه.

وعلى ما ذكر فإن كان للجانى خطأً محضاً أخ ولا يتمكّن من أداء الديه بتمامها يؤخذ منه المقدار الميسور له ويتدارک باقيها من بيت المال لا يؤخذ منه مقدار نصف دينار ويؤخذ باقيها من الإمام كما هو المحكى(1) عن الشيخ قدس سره .

وما ذكره الماتن قدس سره من أنّ: «والأشبه إلزام الأخ بالجميع إن لم تكن عاقله سواه لأنّ ضمان الإمام مشروط بعدم العاقله أو عجزهم عن الديه» هو الصحيح إلاّ أنّه يمكن أن يقال: إنّه إذا كان فى مثل الفرض لم يكن عاقله للجانى بحيث يمكن استيفاء الديه منهم لا يكون ضمان بيت المال على الإطلاق، بل إذا لم يكن للجانى مال يستوفى الديه من ماله؛ لأنّ الضمان عند عدم العاقله كما هو الفرض من مال الجانى كما هو ظاهر صحيحه محمّد الحلبى المتقدّمه(2) الوارده فى قتل الأعمى المفروض كون قتله خطأً تحملها عاقلته.

1- (1) حكاه الشهيد الثانى فى مسالک الأفهام 15 : 520 . المبسوط 7 : 174.

2- (2) فی الصفحه: 356.

ولو زادت العاقله عن الديه، لم يختصّ بها البعض[1]، وقال الشيخ: يخصّ الإمام بالعقل من شاء؛ لأنّ التوزيع بالحصص يشقّ، والأول أنسب بالعدل. ولو غاب بعض العاقله لم يخصّ بها الحاضر[2].

وابتداء زمان التأجيل من حين الموت[3].

وفى الطرف من حين الجنايه، لا من وقت الاندمال. وفى السرايه من وقت الاندمال؛ لأنّ موجبها لا يستقرّ بدونه. ولا يقف ضرب الأجل على حكم الحاكم[4].

الشَرح:

[1] وذلک مقتضى كون الديه أو تحمّلها على العاقله ومجرّد كون التوزيع بالحصص أشقّ بالإضافه إلى جعلها على بعض العصبه لا يكون دليلاً خصوصاً بالإضافه إلى من يقول باعتبار الترتيب فى التوزيع.

نعم، إذا التزم بعض العصبه إعطاء جميع الديه تبرّعاً عن باقى العصبه فلا بأس، وأمّا إلزام الإمام بذلک فلا دليل على ذلک.

[2] وممّا تقدّم ظهر الوجه فى ذلک فإنّ ما دلّ على كون الديه فى الخطأ المحض على العاقله مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر والغائب، غايه الأمر يكون للغائب إمهال إلى أن يحضر ويأتى نظير الإمهال على الفقير الكسوب، واللّه العالم.

[3] لأنّ الموضوع لثبوت ديه النفس على الجانى فى شبه الخطأ أو على العاقله فى القتل بالخطأ المحض موت المجنى عليه فيثبت الديه على عهده الجانى أو على العاقله من زمان الموت، وأمّا الديه فى الطرف إذا لم يكن للجنايه سرايه من حين الجنايه وإذا كانت لها سرايه من حين الشروع فى الاندمال حيث تتعيّن الجنايه من حين الاندمال.

وبالجمله، ما ذكروا من مبدأ زمان التأجيل على النحو المذكور مقتضى الجنايات.

[4] فإنّ الحكم المذكور فى المقام نظير سائر الأحكام المترتّبه على

وإذا حال الحول على موسر، توجهت مطالبته. ولو مات لم يسقط ما لزمه، ويثبت فى تركته[1] ولو كانت العاقله فى بلد آخر، كوتب حاكمه بصوره الواقعه ليوزعها، كما لو كان القاتل هناک.

الشَرح:

موضوعاتها الواقعيّه كما أنّ تلک الأحكام ترتّبها على موضوعاتها لا يتوقّف على حكم الحاكم كذلک الحال فى المقام.

نعم، إذا وقعت المشاجره فى ثبوت الموضوع وزمان ثبوته ففصل الخصومه فيها أمر آخر لا يرتبط بما ذكر فى المقام.

ثمّ إنّه إذا حال الحول من زمان ابتداء التأجيل توجّهت مطالبه الموسر، وقد تقدّم أنّه إذا كان بعض أفراد العاقله غير متمكّن من الأداء أصلاً لا يكون عليه شىء، وهذا بخلاف الفقير الكسوب حيث يتعيّن عليه الأداء ولو مع الإمهال، وإذا شكّ فى فرد أنّه من عصبه الجانى أم لا، لا يتعيّن عليه شىء؛ لأنّ عدم كونه عصبه للجانى مع عدم ثبوت مثبت شرعى له مقتضى الأصل يعنى الاستصحاب ولو بنحو الاستصحاب فيالعدم الأزلى.

[1] هذا بناءً على ما تقدّم من ضمان العاقله بالديه وعليه فإن مات من كان من العاقله تحسب ما على ذمّته من ديونه فيوفى من تركته، وأمّا بناءً على عدم الضمان على العاقله بل تحمّلها الديه من باب مجرّد تكليف عليه والضمان على الجانى، فبالموت أو صيرورته عاجزاً يسقط التكليف عنه وليس على ورثته شىء غير التكليف عليهم من تحمّل الديه لكونهم من عصبه الجانى أيضاً إذا كانوا ذكوراً.

ولا يبعد أن يقال إنّ الضمان على فرد من العاقله على ما تقدّم بيانه ليس على الإطلاق، بحيث لو كان شخص من عاقله الجانى ومات قبل حلول الحول يكون مديوناً بالقسط المحسوب عليه، بل ضمانه الديه مشروط ببقائه حلول الحول وتمكّنه من أداء ما عليه، وإلاّ يثبت القسط على ورثته الذكور بما أنّهم من العصبه دون ما

ولو لم يكن عاقله، أو عجزت عن الديه، أُخذت من الجانى[1]. ولو لم يكن له مال، أُخذت من الإمام. وقيل: مع فقر العاقله أو عدمها تؤخذ من الإمام دون القاتل، والأوّل مروى.

الشَرح:

كان على أبيهم لولا موته قبل حلول الحول.

[1] ذكر قدس سره أنّه إذا لم يكن للجانى بالخطأ المحض عاقله أو كانت العاقله عاجزه عن أداء الديه تكون الديه فى مال الجانى، كما تدلّ على ذلک صحيحه محمّد الحلبى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خدّيه فوثب المضروب على ضاربه فقتله؟

قال: فقال أبو عبداللّه عليه السلام : هذان متعدّيان جميعاً فلا أرى على الذى قتل الرجل قوداً؛ لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها فى ثلاث سنين فى كلّ سنه نجماً، فإن لم يكن للأعمى عاقله لزمته ديه ما جنى فى ماله يؤخذ بها فى ثلاث سنين، ويرجع الأعمى على ورثه ضاربه بديه عينيه(1). وظاهر أنّ ذلک حكم ديه الخطأ إذا لم يمكن أخذ ديه الجانى خطأ من عاقلته.

وفى موثقه عمّار الساباطى، عن أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح، قال: إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الديه فى ماله، فإن لم يكن له مال فالديه على الإمام ولا يبطل حقّ امرئ مسلم(2). فلابد من أن يحمل كون الديه فى مال الأعمى على صوره فقد العاقله أو عدم تمكّنهم من الديه بقرينه التقييد الوارد فى الصحيحه المتقدّمه مع أنّ أبى عبيده الذى يروى عنه عمّار الساباطى غير ظاهر من هو.

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 399 ، الباب 10 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 89 ، الباب 35 من أبواب القصاص فى النفس، الحديث الأوّل.

وديه الخطأ شبيه العمد فى مال الجانى، فإن مات أو هرب، قيل: تُؤخذ من الأقرب إليه، ممن ورث ديته. فإن لم يكن فمن بيت المال. ومن الأصحاب من قصرها على الجانى، وتوقّع مع فقره يُسره، والأوّل أظهر[1].

الشَرح:

[1] أقول: بعد فرض أنّ الديه على الجنايه فى شبه العمد من الخطأ على الجانى، فإن هرب أو مات أو قتل تكون الديه عليه تخرج من أمواله أو تركته ومنها ديته إن قتل، فإن لم يكن له مال ولا له ديه حيث إنّه هرب فديه جنايته على بيت المال بالنحو الذى تقدّم بيانه.

نعم، فى مرسله يونس بن عبدالرحمن، عمّن رواه، عن أحدهما عليهماالسلام أنّه قال: فى الرجل إذا قتل رجلاً خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الديه أنّ الديه على ورثته فإن لم يكن عاقله فعلى الوالى من بيت المال(1). فإنّ مع عدم المال له كما هو فرض عدم العاقله يمكن أن يقال إذا جاز أخذ الديه من ورثه الجانى عمداً جاز أخذها من ورثه القاتل خطأً حيث لا يكون القتل عمداً أخفّ من القتل خطأً فلاحظ.

نعم، فى صحيحه أبى بصير قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل رجلاً متعمّداً ثمّ هرب القاتل فلم يقدر عليه؟ قال: إن كان له مال أُخذت الديه من ماله، وإلاّ فمن الأقرب فالأقرب، وإن لم يكن له قرابه أدّاه الإمام فإنّه لا يبطل دم امرئ مسلم(2).

وكذا فى صحيحه ابن أبى نصر، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل قتل رجلاً عمداً ثمّ فرّ فلم يقدر عليه حتّى مات، قال: إن كان له مال أُخذ منه، وإلاّ أُخذ من الأقرب فالأقرب(3).

1- (1) وسائل الشيعه 29 : 397 ، الباب 6 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث الأوّل.
3- (3) وسائل الشيعه 29 : 395 ، الباب 4 من أبواب العاقله، الحديث 3.

....

الشَرح:

ومورد الصحيحتين وإن كان القتل العمدى إلاّ أنّه إذا جاز أخذ الديه من ورثه الجانى عمداً، جاز أخذها من ورثه القاتل خطأ حيث لا يحتمل أن يكون القتل عمداً أخفّ من القتل خطأً مضافاً إلى أنّ مقتضى التعليل فى ذيل الصحيحه الأُولى هو تعميم الحكم بالنسبه إلى ديه القتل شبه العمد.

ص :380

وأمّا اللواحق فمسائل:

(الأُولى): لا يعقل إلاّ من عُرِفَ كيفيّه انتسابه إلى القاتل. ولا يكفى كونه من القبيله؛ لأنّ العلم بانتسابه إلى الأب، لا يستلزم العلم بكيفيّه الانتساب. والعقل مبنى على التعصيب، خصوصاً على القول بتقديم الأولى[1].

الشَرح:

فى اللواحق

لا يعقل إلاّ من عرف كيفيّه انتسابه للقاتل

[1] ذكر قدس سره أنّه لا يكفى فى كون الشخص من عاقله الجانى مجرّد العلم بانتسابه مع الجانى إلى أب، بل لابد من أن يكون الانتساب بحيث يعدّ ذلک الشخص من عصبه الجانى لا من قبيل انتساب الناس بعضهم إلى بعض كانتهاء نسبهم إلى أبينا آدم أو انتساب الهاشميين بعضهم إلى بعض لكون أبيهم هاشم ونحو ذلک.

والحاصل أنّه لا يكفى فى كون شخص من عصبه الجانى مجرّد الانتساب إلى قبيله الجانى.

أضف إلى ذلک أنّ الانتساب إلى القبيله يمكن كونه بنحو الولاء الذى يذكر فى علم الرجال، وما ذكر الماتن خصوصاً على القول بتقديم الأولى بالميراث لا موجب له؛ لما ذكرنا من أنّه يؤخذ الديه من جميع العاقله من غير اختصاص بطبقه دون طبقه.

وعلى ما ذكر فإن لم يحرز كون شخص من عصبه الجانى ولكن احتمل ذلک فى حقّه لم يترتّب عليه حكم العاقله؛ لأنّ الأصل عدم انتسابه إلى الجانى ولو بنحو الاستصحاب فى العدم الأزلى حيث لا يكون فى ذلک الاستصحاب ما قيل من شبهه الأصل المثبت على ما ذكر فى بحث الأُصول، حيث إنّ الوصف ومنه الانتساب فى وجوده يحتاج إلى وجود الموصوف والمعروض، وأمّا فى عدمه لا يحتاج إلى وجودهما.

وبتعبير آخر، الارتباط بين المعروض والعرض منوط بصوره التحقّق، وأمّا فى

ص :381

(الثانيه): لو أقرَّ بنسب مجهول، ألحقناه[1] به. فلو ادّعاه الآخر وأقام البيّنه، قضينا له بالنسب، وأبطلنا الأوّل. فلو ادّعاه ثالث وأقام البيّنه أنّه ولد على فراشه قضى له بالنسب لاختصاصه بالسبب.

الشَرح:

مرحله عدم التحقّق للوصف والعرض فلا يرتبط عدم تحقّقهما بعدم تحقّق المعروض والموصوف؛ ولذا يقال عند عدم الموصوف والمعروض لم يكن وصف وعرض، وبعد وجودهما يحتمل بقاء الوصف والعرض على عدمه، بلا فرق بين أنّ الاستصحاب فى عدم الوصف بنحو السالبه المحصله أو بنحو الاستصحاب فى العدم الأزلى، ولو أغمض عن ذلک فيجرى الأصل الحكمى وهو عدم وجوب إعطاء الديه كلاًّ أو بعضاً بالإضافه إلى المشكوک من العصبه فلاحظ.

لو أقرّ بنسب مجهول

[1] لا ينبغى التأمّل فى أنّ اللقيط إذا لم يعرف نسبه يكون محكوماً بالحريّه وكونه طفل المسلم فيما إذا وجد فى بلد المسلمين أو يعيش فيه المسلمون فيما إذا ادّعى من أخذه بكونه ولده إذا لم يعارض دعواه بدعوى مسلم آخر، بل لو يدّعى آخذه بكونه ولده وإنّما أخذه لأنّه يحتاج إلى كافل للأخذ ضروره حفظاً لنفسه عن التلف ثمّ ادّعى شخص آخر بأنّه ولده يكون إقراره نافذاً، وإذا أقام شخص آخر بيّنه أنّه ولده وكانت البيّنه معتبره دفع الحاكم اللقيط إلى صاحب البيّنه، ولو فرض أنّ شخصاً ثالثاً أقام بيّنه أنّه ولد على فراشه يدفع إلى صاحب هذه البيّنه، فإنّ المقرّر فى محلّه تقديم البيّنه على الإقرار وكون البيّنه القائمه المذكوره فيها السبب تقدّم على البيّنه الغير المذكوره فيها السبب ويدلّ على اعتبار الإقرار بالولد مع عدم قيام البيّنه على خلافه.

وفى صحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: وأيّما رجل أقرّ بولده، ثمّ انتقى منه فليس له ذلک، ولا كرامه، يلحق به ولده إذا كان من امرأته أو وليدته(1).

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 271 ، الباب 6 من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

وصحيحته الأُخرى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: إذا أقرّ رجل بولدٍ ثمّ نفاه لزمه(1).

ومعتبره السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام قال: إذا أقرّ الرجل بالولد ساعه، لم ينف عنه أبداً(2). وتدلّ على تقديم البيّنه التى ذكر فيها السبب على غيرها مضافاً إلى كونها أظهر فى الدلاله الصحيحه الأُولى بما ورد فى ذيلها.

وأمّا كون اللقيط محكوماً بالحريّه فيدلّ عليه جمله من الروايات منها صحيحه زراره، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: اللقيط لا يشترى ولا يباع(3). وفى صحيحه عبدالرحمن العرزمى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، عن أبيه، قال المنبوذ حرّ فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذى التقطه، وإلاّ فليرّد عليه النفقه، وليذهب فليوالِ من شاء(4). إلى غير ذلک من الأخبار.

وأمّا الحكم بإسلامه مضافاً إلى ما ذكرنا فإنّ مقتضى الاحتياط فى النفوس وجوب الحفظ من التلف يثبت حتّى فيما إذا احتمل كونه من ولد الكافر، أضف إلى ذلک أنّ الحكم بحريّه المنبوذ يستفاد منه الحكم بإسلامه أيضاً وإلاّ كان من الجائز استرقاقه، ويوضح ما ذكرنا من ثبوت النسب بالإقرار الروايات الوارده فى الحميل كصحيحه عبد الرحمن بن الحجّاج قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الحميل.

فقال: وأىّ شىء الحميل؟ قال: قلت: المرأه تسبى من أرضها، ومعها الولد الصغير، فتقول: هو ابنى، والرجل يسبى، ويلقى أخاه، فيقول: هو أخى، وليس لهم بيّنه، إلاّ قولهم قال: فقال: ما يقول الناس فيهم عندكم قلت: لا يورّثونهم؛ لأنّه

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 271 ، الباب 6 من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 26 : 271 ، الباب 6 من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث 4.
3- (3) وسائل الشيعه 25 : 467 ، الباب 22 من أبواب اللقطه، الحديث الأوّل.
4- (4) وسائل الشيعه 25 : 467 ، باب 22 من أبواب كتاب اللقطه، الحديث 3.

(الثالثه): لو قتل الأب ولده عمداً، دفعت الديه منه إلى الوارث ولا نصيب للأب[1]. ولو لم يكن وارث، فهى للإمام عليه السلام . ولو قتله خطأً، فالديه على العاقله ويرثها الوارث. وفى توريث الأب هنا قولان. ولو لم يكن وارث سوى العاقله، فإن قلنا: الأب لا يرث فلا ديه. وإن قلنا: يرث ففى أخذه من العاقله تردد. وكذا البحث لو قتل الولد أباه خطأً.

الشَرح:

ذلم يكن لهم على ولادتهم بيّنه، وإنّما هى ولاده الشرک، فقال: سبحان اللّه، إذا جاءت بابنها أو بابنتها، ولم تزل مقرّه به، وإذا عرف أخاه، وكان ذلک فى صحّه منهما، ولم يزالا مقرّين بذلک، ورث بعضهم من بعض(1).

وقد تحصّل ممّا ذكرنا أنّ ما فى كلام الماتن أنّه فى فرض قيام البيّنه للشخص الثالث على أنّ اللقيط ولده تولد فى فراشه فإنّه يؤخذ من الشخص الثانى ويدفع إلى الثالث هو الصحيح فيحكم بأنّه أب اللقيط، وإذا قتله هذا الأب لا تكون الجنايه مورد القصاص؛ لما تقدّم أنّ فى قتل الصبى سواء كان القاتل أبوه أو غيره من البالغين غير موضوع القصاص كما هو الحال فى قتل المجنون، ولكن تؤخذ الديه من أبيه ويعطى لوارث اللقيط ولو كان ذلک الإمام عليه السلام فى الفرض والتعبير به لأنّه لو كان للأب القاتل وارث من الولد أو الأب أو الأخ ونحو ذلک يكون هؤلاء من ورّاث اللقيط لو كان له مال على حسب مراتب الإرث حيث كانت البيّنه التى أثبتت بكون القاتل أب اللقيط أثبتت أقرباء اللقيط أيضاً.

لو قتل الأب ولده عمداً

[1] فإنّه لا يثبت على الوالد القاتل ميراث لا من ديه الولد ولا من سائر أمواله.

ويدلّ على ذلک روايات:

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 278 ، الباب 9 من أبواب ميراث ولد الملاعنه، الحديث الأوّل.

(الرابعه): لا يضمن العاقله عبداً ولا بهيمه ولا إتلاف مال، ويختصّ بضمان الجنايه على الآدمى حسب.

(الخامسه): لو رمى طائراً وهو ذمى، ثمّ أسلم، فقتل السهم مسلماً، لم يعقل عنه عصبته من الديه؛ لما بيّنّاه، ولأنّه أصاب وهو مسلم. ولا عصبته المسلمون؛ لأنّه رمى وهو ذمّى، ويضمن الديه فى ماله. وكذا لو رمى مسلم طائراً، ثمّ ارتدّ فأصاب مسلماً، قال الشيخ: لم يعقل عنه المسلمون من عصبته، ولا الكفار. ولو قيل: يعقل عنه عصبته المسلمون، كان حسناً؛ لأنّ ميراثه لهم على الأصح.

الشَرح:

منها صحيحه هشام بن سالم، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: قال رسول اللّه صلى الله عليه و آله : «لا ميراث للقاتل»(1).

وصحيحه أبى عبيده، عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل قتل أُمّه، قال: «لا يرثها، ويقتل بها صاغراً، ولا أظنّ قتله بها كفّاره لذنبه»(2) حيث إنّ دلالتها على عدم ميراث القاتل من أمّه المقتوله به واضحه كالصحيحه الأُولى.

وصحيحه جميل بن درّاج، عن أحدهما عليهماالسلام قال: «لا يرث الرجل إذا قتل ولده أو والده ولكن يكون الميراث لورثه القاتل»(3).

وصحيحه الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام ، قال: «إذا قتل الرجل أباه قتل به، وإن قتله أبوه لم يقتل به ولم يرثه»(4).

وفى صحيحته الأُخرى قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن الرجل يقتل ابنه أيقتل

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 30 ، الباب 7 من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 26 : 30 ، الباب 7 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.
3- (3) وسائل الشيعه 26 : 30 ، الباب 7 من أبواب موانع الإرث، الحديث 3.

4- (4) وسائل الشيعه 26 : 30 ، الباب 7 من أبواب موانع الإرث، الحديث 4.

....

الشَرح:

به؟ قال: «لا، ولا يرث أحدهما الآخر إذا قتله»(1).

وإطلاق عدم كون القاتل وارثاً لمقتوله يعمّ إرث الديه أيضاً.

ويدلّ على حكم الديه بخصوصه صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: المرأه ترث من ديه زوجها، ويرث من ديتها، ما لم يقتل أحدهما صاحبه(2). ونحوها غيرها.

وصحيحه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأه شربت دواءً وهى حامل، ولم يعلم بذلک زوجها فألقت ولدها، قال: فقال: إن كان له عظم وقد نبت عليه اللحم عليها ديه تسلّمها إلى أبيه، وإن كان حين طرحته علقه أو مضغه، فإنّ عليها أربعين ديناراً، أو غرّه تؤدّيها إلى أبيه، قلت له: فهى لا ترث ولدها من ديته مع أبيه؟ فقال: لا: «لأنّها قتلته فلا ترثه»(3) ودلالتهما على عدم إرث القاتل عمداً أو حتّى ديه الجنين أيضاً ظاهره إذا أسقطه الجانى أمّاً كانت أو غيرها كما لا يخفى، هذا بالإضافه إلى القتل العمد بلا كلام وبلا خلاف.

وأمّا إذا كان القتل بشبه العمد أو الخطأ المحض فهل يرث القاتل من ديه المجنى عليه؟ كما عليه جماعه. أو لا يرث، كما هو المنسوب إلى المشهور.

والمستند للقائل بأنّ القاتل يرث فى صوره الخطأ صحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «إذا قتل الرجل أمّه خطأً ورثها، وإن قتلها متعمّداً فلا يرثها»(4) حيث إنّ ذكر القتل خطأً فى مقابل القتل متعمّداً مقتضاه عموم

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 31 ، الباب 7 من أبواب موانع الإرث، الحديث 7.
2- (2) وسائل الشيعه 26 : 32 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 26 : 31 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.
4- (4) وسائل الشيعه 26 : 33 ، الباب 9 من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.

....

الشَرح:

الخطأ بشبه العمد والخطاء المحض وما ذكر عليه السلام أنّه يرث فى فرض الخطأ يعمّ الديه وغيرها من سائر أموال المقتول.

وصحيحه عبداللّه بن سنان قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل أُمّه أيرثها؟ قال: «إن كان خطأً ورثها، وإن كان عمداً لم يرثها»(1) وتقريب الاستدلال يظهر من السابقه.

وقد يختار عدم الميراث من الديه للقاتل سواء كان قتله شبه العمد أو الخطأ، فإنّه ورد فى صحيحه محمد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «المرأه ترث من ديه زوجها ويرث من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه»(2) ونحوها غيرها مضافاً إلى التعليل الوارد فى صحيحه أبى عبيده(3) من التعليل لعدم الميراث من الديه للمرأه التى أستقطت ولدها بشرب الدواء بأنّها قتلته.

وبالجمله، لا ينبغى التأمّل فى أنّ كلاّ من صحيحه محمدٍ بن قيس، وصحيحه عبداللّه بن سنان المتقدّمتين دالّتين على أنّ القاتل خطأً يرث المقتول.

والوجه فى عدم المجال للتأمّل هو مقتضى مقابله الخطأ بالتعمّد شمول الخطأ شبه العمد والخطأ المحض، ومقتضى هذا التفصيل الجمع بين المطلقات الدّاله على عدم ميراث القاتل حمل قتله على التعمّد دون الخطأ بقانون الجمع بين الإطلاق والتقييد.

ولكن فى البين روايات ذكر فيها التفصيل بين الميراث من الديه وأنّ القاتل ولو

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 34 ، الباب 9 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 26 : 32 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.
3- (3) تقدمت فى الصفحه السابقه.

....

الشَرح:

كان قتله خطأً لا يرث من الديه كصحيحه محمد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «المرأه ترث من ديه زوجها، ويرث أى زوجها من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه(1).

ومقتضى إطلاق المنع من أن يرث أحدهما من ديه الآخر فيما إذا قتل أحدهما الآخر بلا فرق بين كون القتل عمديّاً أو خطائيّاً.

ونحوها موثقته الأُخرى، عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيّما امرأه طلّقت فمات زوجها قبل أن تنقضى عدّتها إلى أن قال: وإن قتلت ورث من ديتها، وإن قتل ورثت هى من ديته ما لم يقتل أحدهما صاحبه(2).

والمناقشه فيهما بأنّهما تختصّان بالزوج والزوجه لا يمكن المساعده عليها فإنّه لا يفهم الخصوصيّه بما ورد فيهما من قتل خصوص الزوج زوجتها خطأً أو قتل الزوجه زوجها كذلک.

وعلى ذلک فلابد من حمل ما ورد فى صحيحه محمد بن قيس السابقه عن أبى جعفر عليه السلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: «إذا قتل الرجل أُمّه خطأً ورثها وإن قتلها متعمّداً فلا يرثها»(3) على أنّه يرثها من سائر أمواله غير الديه لما ورد فى صحيحته الأُخرى التى ذكرنا عدم ميراثه من ديتها كما هو ظاهر ما لم يقتل أحدهما صاحبه(4).

ومقتضى الجمع بين الروايات المانعه عن ميراث القاتل مطلقاً وجواز ميراث القاتل خطأً وعدم جواز ميراث القاتل خطأً من الديه هو ما ذكرنا، بمعنى أنّ الروايات

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 32 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.
2- (2) وسائل الشيعه 26 : 38 39 ، الباب 11 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.

3- (3) وسائل الشيعه 26 : 33 ، الباب 9 من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.
4- (4) تقدمت آنفاً.

....

الشَرح:

بعضها تدلّ على عدم ميراث القاتل عمداً من مقتوله، سواء كانت ديه أو غيرها كصحيحه أبى عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأه شربت دواءً عمداً وهى حامل ولم يعلم بذلک زوجها فألقت ولدها إلى أن قال: قلت له: فهى لا ترث ولدها من ديته مع أبيه: قال: لا، لأنّها قتلته فلا ترثه(1).

ولا يخفى أنّ مورد السؤال فيها ديه الولد الذى قتلته أُمّه هل ترث منها أُمّه قال عليه السلام : لا، وعلّل ذلک بأنّ ذلک لأنّها قتلته فلا ترثه، ويقال إنّ مقتضى التعليل عدم الميراث من المقتول لقاتله سواء كان قتله عمداً أو خطأً، وسواء كان المال ديه أو غيرها من سائر أموال المقتول ولا يبعد انصرافها إلى الديه.

وكذا تدلّ على عدم الميراث للقاتل من ديه مقتوله صحيحه محمد بن قيس المتقدّمه عن أبى جعفر عليه السلام : المرأه ترث من ديه زوجها ويرث أى زوجها من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه(2). ومقتضى هذه الصحيحه أنّه لا يرث أحدهما الآخر من ديته إذا كان هو قاتل الآخر، ومقتضى إطلاق هذه الصحيحه عدم الفرق بين أن يقع من أحدهما قتل آخر عمداً أو خطأً.

نعم، قد يقال إنّ المعارضه بين ما دلّ على كون القتل من أحد الشخصين للآخر يوجب حرمان القاتل من أن يرث من ديه المقتول، وما دلّ على أنّ القتل الخطائى لا يمنع من أن يرث القاتل من مقتوله متحقّقه لا محاله؛ لأنّ دلاله ما تقدمّ من أنّ القاتل لا يرث من ديه مقتوله مطلقه حيث يعمّ ما إذا كان القتل عمديّاً أو خطائيّاً كصحيحه محمّد بن قيس، عن أبى جعفر عليه السلام قال: المرأه ترث من ديه زوجها والرجل

1- (1) وسائل الشيعه 26: 31 32 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث الأوّل.
2- (2) وسائل الشيعه 26 : 32 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.

....

الشَرح:

يرث من ديه امرأته ما لم يقتل أحدهما صاحبه(1). فإنّ ظاهرها عدم الميراث للقاتل منهما من ديه المقتول فيما إذا قتل أحدهما صاحبه فإنّ إطلاقها يقتضى عدم الفرق بين كون القتل بينهما عمديّاً أو خطائيّاً.

وعلى المقابل مثل صحيحه عبداللّه بن سنان قال: سألت أبا عبداللّه عليه السلام عن رجل قتل أُمّه أيرثها؟ قال: «إن كان خطأً ورثها، وإن كان عمداً لم يرثها»(2) حيث إنّ جواز الميراث للقاتل أُمّه خطأً يعمّ ميراث المال والديه.

وتقع المعارضه بين الطرفين بالإطلاق ويمكن أن يؤخذ بإطلاق المنع عن إرث الديه على القاتل وإن كان قتله خطائيّاً ويحمل إطلاق الميراث للقاتل بالخطاء عن مقتوله بالإضافه إلى سائر الأموال من غير الديه؛ لأنّ فى الأخذ بإطلاق مثل صحيحه عبداللّه بن سنان يوجب لغويّه ما ورد فى منع القاتل عن إرث ديه مقتوله فإنّه لو كان قتله عمديّاً فلا يرث القاتل المتعمّد لا من الديه ولا من سائر الأموال.

ومع الغمض عن ذلک ما ذكر حكم الديه خاصّه فى الروايات وأنّ القاتل لا يرث منها لابدّ من الأخذ بإطلاقها بمعنى أنّه سواء كان قتل القاتل عمديّاً أو خطائيّاً حيث إنّه من قبيل إطلاق الخاصّ، ويقيد بذلک ما ورد من إطلاق أنّ القاتل خطأً يرث، فإنّ إطلاق ذلک يعمّ الديه وسائر تركه المقتول فتكون النتيجه أنّ القاتل خطأً يرث من غير الديه من تركه المقتول ولا يرث من ديته، نظير ما ورد فى وجوب الخمس فى كلّ ربح وفائده فى كلّ سنه، وورد فى أنّ الأراضى المفتوحه عنوه ملک لطبيعى المسلمين، وبما أنّ تلک الأراضى داخله فى الغنيمه والفائده ويعمّها فى كلّ فائده وربح خمس، ولكنّ إطلاق ما ورد فى أنّ تلک الغنيمه يعنى أراضى الخراجيّه

1- (1) وسائل الشيعه 26 : 32 ، الباب 8 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.

2- (2) وسائل الشيعه 26 : 34 ، الباب 9 من أبواب موانع الإرث، الحديث 2.

....

الشَرح:

جميعها ملک لطبيعى المسلمين يعنى بجميع أجزائها ملک له لا خصوص أربعه أخماسها فيقدّم الحكم المذكور لها على عمومات وجوب الخمس ومطلقاته.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنّه لا يعقل العاقله جنايه العبد ولا جنايه الحيوان.

فإنّ عدم ضمان العاقله جنايه العبد فلأنّه كما تقدّم تكون جنايه العبد فى رقبته فلا يضمن جنايته مولاه أو غيره، وجنايه الحيوان إذا كان بتفريط من مالكه يكون الضمان عليه، وأمّا إذا لم تكن مستنده إلى مالكه يكون من القضاء والقدر.

ثانيهما: أنّه إذا جرح الصبى بالغاً وتلف المجروح بسرايه الجرح بعد مدّه بلغ الصبى فيه فيحسب جنايه الصبى بعد السرايه وموت المجروح قتلاً خطأً يضمنها العاقله؛ لأنّ الموت إذا استند إلى الجراحه السابقه فتحسب تلک الجنايه قتلاً وبوقوع الجراحه حال صباه يكون القتل المسبّب عنها خطأً.

* * *

والحمد للّه أوّلاً وآخراً وقد فرغت من تسويد مباحث الديات مع كثره الابتلاء فى الأواخر بتاريخ شهر ربيع الأوّل من سنه ألف وأربعمئه وستّه وعشرين على مشرّفها آلاف التحيّه والصلاه عليه وآله أجمعين.

ص: 391

ص :392

الفهرس

ص :393

ص :394

الفهرس

النَّظرُ الأوّل

أقسام القتل ... 7

ديه العمد ... 13

ديه القتل عمداً على الجانى لا على عاقلته ... 17

ديه شبيه العمد ... 22

ديه الخطأ المحض ... 27

القتل فى الأشهر الحرم ... 31

فرع: لو رمى فى الحلّ إلى الحرم فقتل فيه ... 37

ديه المرأه ... 39

ديه ولد الزنا ... 41

ديه الذمّى ... 45

لا ديه لغير الذمّى من الكفّار ... 48

ديه العبد ... 48

جنايه العبد على الحرّ خطأً ... 51

ص :395

النظر الثانى
فى موجبات الضمان··· 55
البحث الأوّل: فى المباشره··· 55
ضابط المباشره··· 55
الطبيب يضمن ما يتلف بعلاجه··· 56
هل يبرأ الطبيب بالإذن فى العلاج··· 59
ضمان النائم إذا أتلف نفساً··· 60
إذا أعنف الرجل بزوجته··· 62
من حمل متاعاً على رأسه فكسره··· 63
من صاح ببالغ فمات··· 64
إذا صدم إنساناً فمات··· 66
إذا اصطدم حرّان فماتا··· 67
إذا مرّ شخص بين الرماه فأصابه··· 69
فى ضمان الختّان إذا قطع حشفه··· 71
لو وقع من علوّ على غيره فقتله··· 71
فى جاريه ركبت أُخرى فنخستها ثالثه فقمصت المركوبه··· 74
ومن اللواحق مسائل:··· 77
من دعا غيره فأخرجه من منزله ليلاً فهو له ضامن··· 77
إذا أعادت الظئر الولد فأنكره أهله··· 79

لو انقلبت الظئر فقتلت الولد ··· 80
فى لصّ دخل على امرأه فوطئها قهراً ··· 81
فى امرأه أدخلت صديقاً إلى حجلتها ··· 83
فى أربعه شربوا المسكر فجرح اثنان و قتل اثنان ··· 84
فى سته غلمان كانوا فى الفرات فغرق واحد منهم ··· 86

البحث الثانى: فى التسبيب ... 87
لو وضع حجراً فى ملكه أو مكان مباح ... 87
لو بنى مسجداً فى الطريق ... 90
لو رمى عشره بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم ... 91
لو اصطدمت سفينتان ... 94
لا يضمن صاحب الحائط ما يتلف بوقوعه ... 95
نصب الميازيب وإخراج الرواشن إلى الطرق ... 96
لو أجّج ناراً فى ملكه لم يضمن إذا سرت إلى غيره ... 98
لو بالت الدابه فانزلق فيه إنسان ... 99
لو وضع إناء على حائطه فتلف بسقوطه نفس ... 100
لو أهمل حفظ الدابه الصائله ضمن جنايتها ... 100
لو جنى على الصائله جانٍ ... 101
لو هجمت دابه على أُخرى ... 103
من دخل دار قوم فعقره كلبهم ... 104
راكب الدابه يضمن ما تجنيه ... 105
البحث الثالث: فى تزاحم الموجبات ... 109
إذا اتّفق المباشر والسبب ... 109
لو حفر فى ملک نفسه بئراً ... 111
لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجنايه بسببه ... 112

لو وقع فى حفره اثنان فهلک کلّ منهما بوقوع الآخر··· 114
لو قال ألقِ متاعک فى البحر فألقاه فلا ضمان··· 114
مسائل الزُّبْيَه··· 117
لو جذب إنسان غيره إلى بئر··· 120
ص :397

النَّظرُ الثالث
المقصد الأوّل: فى ديه الأعضاء··· 127
ما لا تقدير فيه ففيه الأرش··· 127
ما فيه تقدير··· 130
الشعر··· 130
شعر المرأه··· 133
شعر الحاجبين··· 134
الأهداب··· 136
ديه العينين··· 137
ديه الأجفان··· 138
العين الصحيحه من الأعور··· 140
العين العوراء··· 140
ديه الأنف··· 143
كسر الأنف··· 145
لو جبر الأنف على غير عيب··· 146
شلل الأنف··· 147
ديه الروثه··· 149
ديه أحد المنخرين··· 150
ديه الأُذنين··· 152

ديه شحمه الأذن ... 154

ديه الشفتين ... 156

الأقوال فى ديه الشفه ... 158

ديه اللسان ... 160

ذهاب سرعه النطق أو ثقله ... 164

ص :398

الاعتبار بما يذهب من الحروف لا القدر المقطوع ··· 165
لو جنى عليه شخصان ··· 165
ديه لسان الطفل ··· 166
لو ادّعى ذهاب نطقه بالجنايه ··· 167
لو عاد ما جنى عليه ··· 168
ديه الأسنان ··· 169
لا فرق بين السن البيضاء وغيرها ··· 172
ليس للزائده ديه إن قلعت مع البواقى ··· 174
لو اسودّت بالجنايه ··· 175
لو انصدعت ولم تسقط ··· 176
لو كسر ما برز عن اللثه ··· 176
سنّ الصغير ··· 177
ديه العنق ··· 178
ديه اللحيين ··· 181
ديه اليدين ··· 182
فى اليد الزائده ··· 184
ديه الأصابع ··· 185
ديه الظفر ··· 191
ديه الظهر ··· 193

دیه النخاع ... 195
دیه الثدیین ... 196
فی الحلمتین ... 197
دیه الذکر ... 199
دیه الخصیتین ... 201
ص :399

دیه الشفرین ... 203
دیه إفضاء المرأه ... 204
دیه الألیتین ... 209
دیه الرجلین ... 210
مسائل: ... 213
دیه الأضلاع ... 213
دیه البعصوص ... 214
دیه کسر عظم من عضو ... 215
استدراک لفروع: ... 220
دیه رضّ الصدر ... 220
دیه کسرالمنکب ... 221
دیه کسر العضد ... 222
دیه کسر الساعد ... 222
دیه کسر المرفق ... 224
دیه کسر الزند ... 225
دیه کسر الکف ... 226
دیه کسر قصبه الأصابع ... 229
دیه کسر المفصل الذی فیه الظفر من الإبهام ... 230
دیه کسر المفصل من الأصابع ... 230

ديه كسر المفصل الأعلى··· 231

ديه الورک··· 232

ديه الفخذ··· 233

ديه كسر الركبه··· 234

ديه كسر الساق··· 235

ص :400

ديه رضّ الكعبين ... 236
ديه كسر القدم ... 236
ديه كسر قصبه الإبهام ... 237
ديه فک قصبه الإبهام ... 238
ديه كسر قصبه أصابع الرجل ... 238
ديه كسر المفصل الأخير من أصابع القدم غير الإبهام ... 239
ديه كسر الترقوه ... 241
من داس بطن إنسان ... 242
من افتض بكراً بإصبعه ... 243
المقصد الثانى: فى الجنايه على المنافع ... 245
ديه ذهاب العقل ... 245
لو ضرب على رأسه فذهب عقله ... 251
السمع ... 253
ذهاب سمع إحدى الأُذنين ... 255
ذهاب السمع بقطع الأُذنين ... 257
ديه ذهاب ضوء العينين ... 258
ديه ذهاب الشم ... 264
ديه ذهاب الذوق ... 267
ديه ذهاب الإنزال ... 268

دیه سلس البول ... 269

دیه ذهاب الصوت ... 271

المقصد الثالث: فی الشجاج والجراح ... 273

دیه الحارصه والدامیه ... 273

دیه السمحاق والموضحه ... 276

ص :401

ديه ما لو أوضحه اثنتين ... 277
ديه ما لو قطع يديه ورجليه ... 280
فرع ... 280
لو شجّه فى عضوين ... 281
ديه الهاشمه ... 282
ديه المنقّله ... 283
ديه المأمومه والدامغه ... 284
إذا تداخلت الشجّات ... 286
ديه النافذه فى الأنف ... 287
ديه شقّ الشفتين ... 288
ديه الجائفه ... 289
فروع: لو أجافه واحد ... 294
لو خيطت ففتقها آخر ... 294
لو طعن فى صدره فخرج من ظهره ... 295
ديه ما إذا نفذت نافذه ... 296
ديه احمرار الوجه واخضراره واسوداده ... 296
ديه شلل العضو وقطعه ... 298
ديه الشجاج فى الرأس والوجه سواء ... 300
المرأه تساوى الرجل فى ديات الأعضاء ... 303

الأرش والحكومه··· 307

الامام ولى من لا ولى له··· 309

النَّظرُ الرابع

فى اللواحق··· 313

ص :402

ديه الجنين قبل ولوج الروح ... 313
ديه الجنين الذمّى ... 318
ديه الجنين المملوک ... 319
ديه الجنين بعد ولوج الروح ... 320
ديه النطفه ... 322
ديه ما لو قتلت امرأه فمات معها جنين ... 327
ديه إسقاط الجنين ... 328
ديه أعضاء الجنين وجراحاته ... 329
ديه من أفزع مجامعاً فعزل ... 329
فروع: ... 331
لو ضرب النصرانيه حاملاً وألقته ... 331
لو كانت أمه فأُعتقت وألقته ... 332
لو ضرب حاملاً خطأً فألقت ... 333
لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه ... 334
لو ألقته حيّاً فقتله آخر ... 336
لو جهل حاله حين ولادته ... 337
لو وطئها ذمّى ومسلم لشبهه فى طهر واحد ... 339
ديه الجنين فى مال الجانى ... 339
فى قطع رأس الميت الحرّ مئه دينار ... 340

فى الجنايه على الحيوان ... 341

الحيوان القابل للتذكيه ... 341

الحيوان غير القابل للتذكيه ... 342

مسائل: ... 345

كفاره القتل ... 345

ص: 403

تجب كفاره الجمع بقتل العمد ... 345
لو قتل مسلماً فى دار الحرب ... 348
لو اشترک جماعه فى قتل واحد ... 349
لو قتل قوداً هل تجب فى ماله الكفاره؟ ... 350
فى العاقله ... 351
تفسير العصبه ... 351
هل يدخل الآباء والأولاد فى العقل؟ ... 356
لا تعقل المرأه ولا الصبى ولا المجنون ... 357
لا يتحمّل الفقير شيئاً من الديه ... 358
تقديم من يتقرب بالأبوين ... 359
يعقل المولى من أعلى ... 360
تستأدى ديه الخطأ فى ثلاث سنين ... 361
العاقله لا تضمن عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً ... 363
جنايه الذمى فى ماله ... 364
يعقل ضامن الجريره ... 366
فى التقسيط ... 369
هل ثبوت الديه على العاقله وجوب تكليفى أو نحو ضمان ... 369
كيفيه التقسيط ... 372
وأمّا اللواحق فمسائل: ... 381

فى اللواحق··· 381

لا يعقل إلاّ من عرف كيفيّه انتسابه للقاتل··· 381

لو أقرّ بنسب مجهول··· 382

لو قتل الأب ولده عمداً··· 384

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام 1426 الهجري في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثرها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوي تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبيّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات
الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات في مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتي بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمي لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسک kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج في البحث والدراسة وتطبيقها في أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على 8 أنظمة؛
JAVA.1
ANDROID.2
EPUB.3
CHM.4
PDF.5
HTML.6
CHM.7
GHB.8
إعداد 4 الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
ANDROID.1
IOS.2
WINDOWS PHONE.3
WINDOWS.4

وتقدّم مجاناً في الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة
نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي 03134490125
هاتف المكتب في طهران 88318722 ـ 021
قسم البيع 09132000109شؤون المستخدمين 09132000109.